Darlehen
und Darlehensvorvertrag.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Blum aus Frankenthal (Pfalz)
Rechtspraktikant am k. Amtsgerichte Frankenthal.

Approbiert am 7. Dezember 1911.

Frankenthal.
Buchdruckerei von Ernst René Grosser.
1912.

203

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Dem Andenken meines Vaters.

Inhalts-Verzeichnis.

Kap. I. Einleitung, Geschichte und Literatur.

§ 1 Begriff des Vorvertrags. Seite 1.
§ 2 Darlehensvorvertrag und Darlehen. Seite 6.
§ 3 Einfluss der geschichtlichen Entwicklung auf die Entscheidung für die eine oder andere Auffassung. Seite 7.
§ 4 Konstruktion der Realkontrakte und insbesondere des Darlehens in der Literatur nach Anerkennung der Verbindlichkeit formloser Verträge. Seite 8.

Kap. II. Die Konstruktion von Darlehen und Darlehensvorvertrag.

§ 5 Welches ist der Zweck des Darlehens und in welchen Verpflichtungen kommt er zum Ausdruck? Seite 19.
§ 6 Die Entstehung des Rückforderungsanspruchs: Seite 24.
A. beim Darlehen ohne zeitlich vorausgehende Bindung zum Vertragsabschluss; Seite 25.
B. beim Darlehen mit zeitlich vorausgehender Bindung zum Vertragsabschluss; Seite 31.
§ 7 Ergebnis; Seite 48.

Kap. III. Einfluss der Konstruktionsfrage auf praktische Entscheidungen.

§ 8 Zweck und Inhalt der noch folgenden Erörterungen; Seite 49.
§ 9 Der Anspruch auf Hingabe des Darlehens; Seite 49.
§ 10 Der Anspruch auf Annahme des Darlehens; Seite 55.

Kapitel 1.

§ 1. Begriff des Vorvertrags.

Der Begriff des Vorvertrages im Sinne der heute herrschenden Auffassung ist zum ersten Male klar von Degenkolb (zur Lehre des Vorvertrags Archiv für zivil. Praxis Band 71) entwickelt worden, wenn auch das Wort Vorvertrag von Thöl (Handelsrecht I § 62) geprägt wurde, der allerdings vor allem das zeitliche Moment im Auge hatte und unter Vorvertrag einen „gegenwärtigen Vertrag, welcher einen zukünftigen verspricht", verstand. Mit dieser Definition Thöls war noch nicht viel gewonnen. Dass auch der formlos erklärte Wille rechtsverbindlich sei, war schon vorher anerkannt, ebenso war bereits den damaligen Juristen klar, welcher Unterschied zwischen Traktaten ohne Verpflichtungswillen und den pacta de contrahendo bestand. Klar war aber noch nicht, welche Verpflichtungen aus den pacta de contrahendo entspringen, ob etwa zu ihnen nicht auch jene Vereinbarungen gehören, die bereits den vollendeten Vertrag enthalten, der lediglich eine besondere urkundliche Form erhalten soll. Hier hat, wie erwähnt, erst die Schrift Degenkolbs Klarheit geschaffen, dessen Darstellung noch heute als grundlegend betrachtet werden kann. Charakteristisch für den Vorvertrag ist vor allem, dass die Verpflichtung einer jeden Partei auf das dem betreffenden Vertrag entsprechende Mitwirken zum Vertragsschluss, nicht aber ohne weiteres auf Leistung geht. Für die Verpflichtung auf Leistung ist konstitutiv der gemäss dem Vorvertrag abzuschliessende Hauptvertrag. Freilich der Vorvertrag, für den ja die allgemeinen Grundsätze über Verträge gelten, muss einen solchen Inhalt haben, dass sich Art und Inhalt des Hauptvertrags daraus bestimmen lässt, da ihm ja sonst wie jedem Vertrag ohne genügend bestimmten Vertragsinhalt die Klagbarkeit fehlen würde.

Welches aber der Inhalt eines Vorvertrags sein muss, m. a. W. wie viel vom Inhalt des Hauptvertrags der Vorvertrag zu enthalten hat, richtet sich nach dem jeweiligen Hauptvertrag. So unterscheidet sich der Vorvertrag strenge von Traktaten und Punktationen einerseits, von Vereinbarungen, die bereits den vollendeten Vertrag enthalten andererseits.

War schon im gemeinen Rechte Raum für Vorverträge, um wie viel mehr in unserem geltenden Rechte, in dessen Obligationenrecht erster Grundsatz Vertragsfreiheit ist, die nur in bestimmten, vom Gesetze ausdrücklich genannten Fällen durchbrochen ist. Den Terminus: Vorvertrag allerdings kennt unser Gesetz nicht; ob und wann daher tatsächlich Vorverträge vorkommen, muss u. E. der Einzelbetrachtung überlassen bleiben. Begrifflich möglich sind sie jedenfalls in dem oben entwickelten Sinne und zwar sowohl für Konsensual- als auch für Realkontrakte.

Freilich werden sie bei Konsensualkontrakten die Ausnahme bilden; denn da ja hier der Konsens das Zustandekommen des Vertrags bewirkt, wird in der Regel hier sofort ein definitiver Hauptvertrag vorliegen. Denkbar sind immerhin auch hier Vorverträge nämlich dann, wenn aus irgend einem Grunde die Parteien den Abschluss eines Hauptvertrags noch nicht wollen, sich wohl aber binden wollen, dass dieser Hauptvertrag abgeschlossen wird.[1])

Häufiger werden Vorverträge bei Realverträgen vorkommen, da ja hier der blosse Konsens zum Vertragsschluss nicht genügt, sondern noch ein rein tatsächlicher Vorgang hinzukommen muss, der aus den verschiedensten Gründen noch nicht vorgenommen werden kann oder soll.

§ 2. Darlehensvorvertrag und Darlehen.

Wenngleich sowohl bei Konsensualkontrakten als auch bei Realkontrakten Vorverträge begrifflich möglich sind, so ist doch die Streitfrage über Inhalt und Bedeutung des Darlehensvorvertrags identisch mit der Frage, ob das Darlehen ein Real- oder ein Konsensual-Kontrakt sei.

[1]) Erl. Dissert, von Rath 1906 S. 25 a. A. insbe. Storch, der heutige insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag (1878).

Zwar ist die Sache nicht die, dass sich hier zwei einheitliche und getrennte Auffassungen gegenüber stehen in der Weise, dass die einen das Darlehen immer als Konsensualkontrakt betrachten, während die anderen das Darlehen als Realkontrakt auffassen: lediglich in Bezug auf das Darlehen mit vorausgegangener Beredung, das „Zeitgeschäftsdarlehen", stehen sich in der Hauptsache im Ergebnis zwei verschiedene Auffassungen entgegen[2]): die Vertreter der Konsensualkontraktstheorie erblicken in der Vereinbarung, ein Darlehen zu geben und zu nehmen, die beiden Seiten eines bereits völlig abgeschlossenen Vertrages, bei dem die eine Partei im Verhältnis zur Darlehenswiedergabe vorzuleisten hat.[3])

Vom Standpunkt der Realkontraktstheorie jedoch erscheint die Vereinbarung über Hingabe und Annahme des Darlehens lediglich als ein Vorvertrag, darauf gerichtet, den Hauptvertrag vorzubereiten, dessen Beginn mit der Hingabe des Darlehens gegeben ist, welches selbst wiederum nach dieser Anschauung ein einseitiger Vertrag ist, aus dem der einseitige Anspruch auf Rückgabe entsteht.[4])

§ 3. Einfluss der geschichtlichen Entwicklung auf die Entscheidung für die eine oder andere Auffassung?

Bei Prüfung der Frage, welche Konstruktion heute den grössten Anspruch auf Zustimmung hat, fallen historische Gründe u. E. nur soweit ins Gewicht, als die Jahrhunderte lange Auffassung des Darlehens als Realkontrakt im römischen Recht den Grund zur heutigen verkehrsüblichen Anschauung gelegt hat. Wenn wir die älteste römische Entwicklung der Realkontrakte betrachten, können wir der res keine andere Bedeutung zumessen, als einer Sachleistung, die durch Kondiktionsklage zurückgefordert werden konnte.

Später konnten gemäss Vereinbarung auch andere Gegenstände als die geleisteten zurückgefordert werden;

[2]) Freilich gibt es auch hier Mittelmeinungen vergl. vor allem Schäfer Freib. Dissert. 1902.

[3]) S. Lübbert a. a. O. 359. 360.

[4]) Abweichende Ansichten von mehreren Vertretern der Realkontraktstheorie später.

da ist nun die Frage die, ob die res lediglich ein Formerfordernis war, welches zum formlosen Konsens der Parteien hinzutreten musste, damit dieser zivilrechtliche Gültigkeit besass, oder ob die res bereits damals ein materieller Teil des Geschäftsabschlusses selbst war, ein „Qualitätserfordernis".

Die erste Auffassung stützt sich vor allem darauf, dass das nudum pactum damals immer noch nicht klagbar war und so die rechtliche Bedeutung des Vertragswillens von dem Vollzug der Sachleistung abhing; damit ist nun u. E. aber noch keineswegs erwiesen, dass bei einzelnen Vertragsarten nicht auch noch andere Gründe vorhanden waren, Gründe materieller Natur, welche bedingten, dass in diesen Fällen erst dann, wenn zu dem Konsens die Sachleistung hinzugekommen war, der Vertrag definitiv abgeschlossen war: heute wird es nicht mehr möglich sein, mit Sicherheit zu erforschen, ob in der Vergangenheit im römischen Recht lediglich formelle Gründe die res zum Bestandteil des Vertragsabschlusses machten oder nicht. Dies ist auch für unsere Frage, ob heute das Darlehen Realkontrakt sei, belanglos. Erst mit der grundsätzlichen Anerkennung der Verbindlichkeit formloser Verträge verdienen die Gründe, die für und gegen die Auffassung des Darlehens als Realkontrakt geäussert wurden, eingehendere Beachtung, wenn es sich um Entscheidung der Kontroverse im geltenden Rechte handelt, das ja auch auf dem Prinzipe der grundsätzlichen Formlosigkeit aller Verträge basiert.[5])

§ 4. Konstruktion der Realkontrakte, insbesondere des Darlehens in der Literatur nach Anerkennung der Verbindlichkeit formloser Verträge.

Die Auffassung in der Literatur nach Anerkennung der Verbindlichkeit formloser Verträge scheint denen Recht zu geben, welche in der Sachleistung in der zweiten Periode des römischen Rechts ein Qualitätserfordernis bestimmter Vertragsarten erblickten. Sonst wäre in der Folgezeit als die Verbindlichkeit aller obligatorischen Ver-

5) Zu der Geschichte der Realkontrakte im römischen Rechte vergl. vor allem Lübbert a. a. O.

träge unbeschränkt anerkannt wurde, bereits Anlass gewesen, den durch das Darlehen und die übrigen Realkontrakte gewollten wirtschaftlichen Zweck durch Kreditverträge, Konsensualkontrakte zu erreichen, indem sich die eine Partei schon vor Uebergabe der Valuta verpflichtet hätte, eine gleiche Summe oder Menge nach bestimmter Zeit zurückzugeben.

Aber während man im 16. Jahrhundert, als die Rechtsnorm von der Verbindlichkeit aller obligatorischen Verträge unbeschränkte Geltung erlangte, die römischen Innominatkontrakte als Konsensualkontrakte auffasste, blieb die Anschauung, dass die benannten Realkontrakte, vor allem das Darlehen, Realkontrakte seien. Lübbert wundert sich (S. L. a. a. O. S. 332 unten, S. 333), dass die damaligen Schriftsteller nicht aus dem Grundsatze der nunmehr anerkannten Formlosigkeit aller Verträge den Schluss zogen, dass es überhaupt keine Realkontrakte mehr gebe.

Möge auch zugegeben werden, dass vor dem 16. Jahrhundert in vielen Fällen nur wegen der Formbedürftigkeit zivilrechtlicher Verträge die res zum Erfordernis der zivilrechtlichen Gültigkeit eines Vertrags gemacht wurde, so scheint doch auch damals nicht in allen Fällen die res lediglich Formerfordernis gewesen zu sein. Gerade der Umstand, dass bei ganz bestimmten Kontrakten, auch nachdem das Erfordernis der Form geschwunden war, als Vertragsabschluss weiter die Hingabe der res aufgefasst wurde, beweist u. E., dass eben bei diesen bestimmten Kontrakten, den benannten Realkontrakten, schon vorher, zum mindesten in jener Uebergangszeit die Ueberzeugung bestand, dass die res nicht allein Form-, sondern auch materielles Erfordernis sei; infolgedessen bestand auch für die Juristen der damaligen Zeit, die sich vollständig klar über die grundsätzliche Aenderung der Rechtsauffassung waren, kein Grund, die benannten Realkontrakte jetzt durch blossen Konsens zustandekommen zu lassen, wenn auch jetzt erst die Notwendigkeit geschaffen war, den eigentlichen Charakter der Realkontrakte klar herauszuarbeiten.

Kein Zweifel! Von jenem Augenblick an, in dem die Verbindlichkeit formloser Verträge anerkannt wurde, hatten die Parteien die Möglichkeit, jede Verpflichtung, die

sie nur immer wollten, durch Parteivereinbarung entstehen zu lassen. Aber es fragt sich doch: wenn solche Verpflichtungen — wie z. B. die Rückgabeverpflichtung beim Darlehen — durch blossen Konsens übernommen werden, haben wir dann die im Leben tatsächlich üblichen Verträge (Darlehen etc.)? oder aber entstehen im Leben tatsächlich diese Verpflichtungen erst mit der Hingabe, werden nur auf Grundlage der res diese Obligationen abgeschlossen, so dass wir dann, wenn ohne die vorherige Hingabe eine solche Verbindlichkeit eingegangen wird, einen ganz anderen Vertrag (keinen Darlehensvertrag etc.) vor uns haben? Den Kern dieser Fragen erkannten bereits die Juristen vor Brinz, sie kamen zu dem Schlusse, dass die res materielles Erfordernis des Vertragsabschlusses nur bei den genannten Realkontrakten sei.

Auch Brinz war der Ansicht, dass die benannten Realkontrakte in der Weise abgeschlossen werden, dass materielles Erfordernis des Vertragsabschlusses die res ist; aber er ging noch über die damaligen Vertreter des Fortbestehens der Realkontrakte hinaus, indem er den Parteiwillen in jedem einzelnen Falle für massgebend erachtete bei der Entscheidung, ob ein Realkontrakt oder ein Konsensualkontrakt vorliege. In seinen Pandekten (II. Auflage § 248 S. 138) sagt er: „Nichts steht im Wege, dass die Parteien sich anders, als auf Grundlage einer res nicht obligieren mögen," und kommt demgemäss zu der Auffassung, dass sowohl die benannten als auch die unbenannten Realkontrakte des römischen Rechts weiterbestehen würden. Dabei ist aber Brinz der Auffassung, dass ein Realkontrakt eben nur dann vorliege, wenn die Parteien als wesentlichen materiellen Bestandteil des Vertragsabschlusses die res ansehen, nicht aber ist er der Auffassung, dass schon dann ein Realkontrakt vorliege, wenn zufällig die Sachleistung den Beginn eines Kontraktes bildet, wie schon behauptet wurde. Dass Brinz eine solche Auffassung fernlag, erhellt schon daraus, dass er nachweisen wollte, dass im heutigen Realkontrakte dieselben Elemente stecken, wie im römischen. Dort aber kann bei der genauen Regelung der rechtsgeschäftlichen Form niemals der Zufall für

die Auffassung eines Vertrages als Realkontrakt den Ausschlag gegeben haben. (Vergl. auch hierzu Lübbert a. a. O. S. 339 ff und die dort Zitierten.)

Erst eine vollständig von der historischen Entwicklung losgelöste Auffassung der Realkontrakte, wie sie Kohler eigen ist, konnte in dem Realkontrakt d e n Vertrag erblicken, bei dem im einzelnen Falle aus irgend welchen Gründen die res den Anfang des Geschäfts bildet, konnte demgemäss folgerichtig den Handkauf als Realkontrakt auffassen, ein Ergebnis, das Brinz niemals behauptete.

Nach dieser Auffassung, die heute vor allem Kohler (Lehrbuch II 1 § 128) vertritt, würde das entscheidende Kriterium bei jedem Vertrage darin zu suchen sein, ob Einigung und Uebergabe zusammenfallen oder nicht: Im ersteren Falle würde ein Realkontrakt, wenn aber die Einigung vorausgeht, würde ein Konsensualkontrakt vorliegen. Für unseren speziellen Fall — Darlehen und Darlehensvorvertrag — käme es hier auf den Nachweis an, ob der Konsens über Abschluss eines Darlehensvertrages bereits in der die Hingabe vereinbarenden Einigung liege, oder ob dieser Konsens erst in der tatsächlichen Hingabe liege. Indem Kohler diesen Konsens bereits in der Darlehensberedung für gegeben erachtet, erscheint ihm diese Darlehensberedung bereits als der Darlehensvertrag selbst. Die Bedeutung der Hingabe für die Entstehung der Rückgabeverpflichtung wird hier geleugnet.

Eine Aenderung der Auffassung Kohlers bedeutet auch sein Aufsatz aus dem Jahre 1909 (Arch. Bd. 33) nicht, wenn er auch dort S. 20 sagt: das Freundesdarlehen sei Realkontrakt, das Geschäftsdarlehen Konsensualkontrakt. Kohler hält das Freundesdarlehen deswegen für einen Realkontrakt, weil hier eine Beredung tatsächlich nicht vorausgehe, nicht aber aus inneren Gründen, weil etwa ein Vertragsabschluss hier ohne Hingabe nicht zustande komme.

Auch Vertreter der Auffassung des Darlehens als Realkontrakt, vor allem Dernburg (Pand. 1886 Bd. II § 94

3, 4) teilen diese Auffassung vom Wesen der Realkontrakte; dass das Darlehen ein Realkontrakt sei, ist dann eben nur damit zu begründen, dass die Einigung über die Darlehensverpflichtung der Rückgabe erst durch die tatsächlich erfolgte Hingabe zustande kommt.

Die eben erörterte Anschauung geht davon aus, dass ein Realkontrakt immer dann vorliege, wenn Einigung und Hingabe zusammenfallen; dieser Auffassung wird entgegen gehalten, dass ein Realkontrakt nur dann vorliege, wenn die Hingabe der res Qualitätserfordernis des Vertragsabschlusses sei. Vor allem Adler (a. a. O.) vertritt die Auffassung, dass ein Realkontrakt nie allein deswegen vorliege, weil eine Sachleistung den Beginn des Geschäftes bilde, sondern dass ein Realkontrakt eben nur dort anzunehmen sei, wo ein Vertrag — d. h. die Verpflichtungen aus diesem Vertrag — „ohne Sachleistung nicht, auch nicht bedingt, bestehen kann". Nach dieser Auffassung vom Wesen der Realkontrakte wird d a n n das Darlehen als Realkontrakt zu gelten haben, wenn die typische Darlehensverpflichtung, als die Adler und die meisten andern die Rückgabeverpflichtung auffassen, nicht bestehen kann, ohne die erfolgte Hingabe: der Zeitpunkt der Einigung wird dann keine Rolle spielen, wie ja auch Adler (a. a. O. S. 202 ff.) annimmt, dass beim Darlehen mit vorhergehender Beredung die Einigung dem mit der Hingabe erfolgenden Vertragsabschluss vorausgehe.

Die Unterscheidung Kohler's zwischen Real- und Konsensualverträgen nach rein äusserlichen Merkmalen wird vor allem auch von vielen verworfen, die jedes Fortbestehen der Realkontrakte leugnen. Diese würden ein Fortbestehen der Realkontrakte dann zugeben, wenn die Rückgabeverpflichtung nicht ohne die vorhergehende Sachleistung entstehen würde, sind aber der entgegengesetzten Ansicht von Adler, indem sie die Hingabe nicht als wesentlichen Bestandteil des Abschlusses eines Vertrags auf Rückgabe ansehen. Vielmehr erblicken sie in jedem Darlehensvertrag einen gegenseitigen Vertrag mit Hin- und Rückgabeverpflichtung und erkennen als vertragsbegründend

lediglich die Einigung an, ob diese nun vor der Hingabe oder zu einem anderen Zeitpunkt zustande kommt.[6])

Realkontrakte nach Kohler's Vorbild dann anzunehmen, wenn eine Sachleistung zufällig den Beginn eines Geschäftes bedeutet, ist u. E. abgesehen davon, dass diese Realkontrakte keineswegs mit den früheren identisch wären, völlig unnötig und führt auch in der Praxis zu schiefen Ergebnissen. Wenngleich hier keineswegs die Auffassung Lübbert's geteilt werden soll, dass gegenseitige Verträge dann vorliegen, wenn das „rechtlich hervortretende wirtschaftliche Geschäft ein gegenseitiges" ist, so führt die Auffassung Kohler's doch nach der anderen Seite zu einem falschen Ergebnis, da Kohler in Konsequenz seiner Auffassung vom Realvertrag immer dann einen einseitigen Vertrag annehmen muss, wenn nur eine Sachleistung den Beginn eines Geschäftes bildet. Diese Folgerung zieht ja auch Kohler tatsächlich und fasst demgemäss auch den Handkauf, wie bereits oben erwähnt, als einseitigen Vertrag auf. Welche Verschiedenheit aber zwischen einem Handkauf und einem Darlehen ohne vorhergehende Beredung besteht, ist ohne weiteres klar, wenn darauf hingewiesen wird, dass auf die Gegenleistung aus einem Kaufe nach erfolgtem Konsens geklagt werden kann, während ja auch Kohler und seine Anhänger niemals die eigentlich theoretisch folgerichtige Konsequenz ihrer Auffassung ziehen und eine Klage auf Darlehensrückgabe nicht zulassen, wenn nicht die Hingabe vorher erfolgt ist.

Es sei auch gestattet, an dieser Stelle, wo es sich lediglich um eine Betrachtung der hauptsächlichen in der Literatur bereits versuchten Konstruktionsmöglichkeiten der Realkontrakte im allgemeinen und des Darlehens insbesondere handelt, bereits darauf hinzuweisen, welche Momente gemäss der hier vertretenen Auffassung bei der Lösung der Konstruktionsfrage eine Rolle zu spielen haben.

6) S. Lübbert S. 355 ff., S. 407 ff.; Hoeniger Arch. Bd. 33 S. 291. Mit Entschiedenheit lehnt auch die Dissert. von Cohn, Greifswalde 1910: Abtretung des D. Gewährungsanspruchs S. 35 die obenerwähnte Auffassung Kohlers ab, obwohl auch Cohn das Darlehen für ein Konsensualkontrakt hält, allerdings mit der Begründung, dass die grundlegende Darlehensverpflichtung die Hingabe des Darlehens sei.

Wie bei der Betrachtung der Kohler'schen Auffassung schon dargelegt wurde, kann es niemals darauf ankommen, ob zwischen Einigung und Hingabe ein erkennbarer Zeitraum liegt oder nicht. Sicher ist, dass die Herstellung des tatsächlichen Zustandes nicht die Uebereinstimmung selbst ist oder sie ersetzt. Immer muss eine Apperception des durch die Eigentumsübertragung getätigten Erfolges vorausgehen (oder auch nachfolgen), sodass die tatsächlich erfolgte Uebergabe immer und in beiden Fällen, ob ein längerer oder kürzerer Zeitraum zwischen Einigung und Hingabe liegt, nur das äusserlich wahrnehmbare Element der Uebereinstimmung sein k a n n, niemals aber die Uebereinstimmung selbst. Für die Frage, ob es Realkontrakte noch gibt und insbesondere, ob das Darlehen ein solcher sei, ist es daher ohne Belang, ob diesem wahrnehmbaren Vorgang der Tradition in erkennbarer Zeitdistanz eine Einigung vorausgegangen ist; darin kann kein Unterscheidungsmerkmal zwischen Real- und Konsensualvertrag gefunden werden. Realkontrakte werden lediglich noch dann heute ihre Berechtigung haben, wenn es Verträge gibt, bei denen nicht allein die Einigung verpflichtungsbegründend ist, sondern bei denen zu der Einigung ein weiteres Erfordernis, eben die Tradition hinzutreten muss, um die gewollte Verpflichtung zur Entstehung zu bringen.[7]) Lübbert (S. 348 ff.) scheint anzunehmen, dass die Konstruktionsfrage zu Ungunsten der Realkontraktstheorie schon dann entschieden sei, wenn zugegeben wird, dass die Uebereinstimmung zur Uebernahme der Verpflichtungen des Hauptvertrags bereits im Vorvertrag geäussert wird; es soll bereits hier betont werden, dass diese Ansicht irrig ist: Ob der Konsens inhaltlich bereits im Vorvertrag oder erst später geäussert wird, kann niemals den Ausschlag für die Frage geben, ob Realkontrakte heute noch fortbestehen und insbesondere, ob das Darlehen ein Realkontrakt sei. Denn wenn wir die Frage, ob es heute noch Realkontrakte gibt, bejahen, so kann der Konsens nur dahin gehen, dass vereinbart wird, welche Bedeutung der realen Hingabe beizumessen sei; nicht aber kann der Konsens die Uebernahme

[7]) In dieser grundsätzlichen Frage wird hier die vor allem auch von Adler, wie oben erwähnt, vertretene Ansicht geteilt.

der Verpflichtungen selbst zum Inhalt haben. Das eben ist gerade der Unterschied zwischen Real- und Konsensualkontrakt.

Für unsere Erörterungen ist lediglich die Frage von Interesse, ob das Darlehen ein Realvertrag ist und ob die demselben vorausgehenden Beredungen ein Vorvertrag sind. Es wird demgemäss zunächst zu erörtern sein, welches die grundsätzlichen Darlehensverpflichtungen sind;[8]) sodann wird darzulegen sein, welches der tatsächliche Entstehungsgrund dieser Verpflichtungen ist.[9]) Hierbei wird natürlich entscheidend für die grundsätzliche Stellung sein, ob diese Verpflichtungen durch Konsens allein entstehen oder ob ein weiteres Qualitätserfordernis ihrer Entstehung die tatsächliche Hingabe ist.

Zwar ist im Vorstehenden bereits dargelegt worden, welche Momente wesentlich für die Konstruktionsfrage erscheinen; gleichwohl ist im Folgenden noch auf einige weitere, von namhaften Schriftstellern geäusserte Auffassungen einzugehen, die Berücksichtigung verdienen und solche auch bereits verschiedentlich gefunden haben.

Ebensosehr von Adler und den andern Vertretern der Realkontraktstheorie als von Kohler, Lübbert und den Anhängern der Konsensualkontraktstheorie weicht Schöninger („die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechtes", Tübingen 1906) in seiner Auffassung vom Darlehen ab, da er die Darlehenshingabe als eine Leistung sina causa ansieht, während nach den vorgenannten beiden Auffassungen die Darlehensleistung causal ist. Von der Realkontraktstheorie weicht Schöninger dadurch ab, dass er, der die Causa der Darlehensleistung leugnet, nicht zugibt, dass das Darlehen contrahendi causa geschlossen wird; während nach der Realkontraktstheorie Einigung und Hingabe Qualitätserfordernisse der Rückgabepflicht sind, leitet Schöninger den Rückgabeanspruch lediglich aus der Hingabe ab, behandelt ihn eben als reinen Kondiktionsanspruch. Dass Schöninger (vergl. S. 145 § 46) der Ansicht ist, sein Begriff von

[8]) M. a. W. welches die Causa des Darlehens im engeren Sinne ist. (vergl. Hohenstein a. a O. S. 41.)

[9]) M. a. W. welches die Causa im weiteren Sinne ist; hier wird unser geltendes Recht weitergehende Beachtung verdienen.

der Realobligation entspreche auch dem Begriffe des römischen Rechtes, in dem gleichfalls jede Realobligation materielle Kondiktion gewesen sei, sei hier nur nebenbei erwähnt, nachdem bereits oben dargelegt worden ist, dass eine solche Auffassung nur der ersten Stufe der Entwicklung im römischen Recht gerecht wird, während bereits in der Kaiserzeit die Realobligationen keine Verpflichtungen aus Bereicherung mehr waren.

Von der Konsensualkontraktstheorie weicht Schöninger ebenfalls dadurch ab, dass er die causa der Darlehensleistung leugnet, die doch nach der Konsensualkontraktstheorie in der Erfüllung der im causalen Konsensualkontrakt übernommenen Verpflichtungen besteht. Für die hier in Betracht kommende Streitfrage zwischen Real- und Konsensualkontraktstheorie beweisen die Ausführungen Schöningers infolgedessen nichts. Nach Schöninger ist die Darlehensleistung eine freiwillige Hingabe von Fungibilien (V. S. 146). Diese Auffassung, die eine Verkennung der Verkehrsverhältnisse beweist, widerspricht indes nicht nur der Annahme des Darlehens als Konsensualkontrakt, sondern bestreitet auch überhaupt das Vorkommen vorhergehender Bindung vor der Darlehenshingabe, also auch den Darlehensvertrag. Daher zieht er die Fälle, in denen hauptsächlich Streit über die Konstruktion des Darlehens als Real- oder Konsensualkontrakt besteht, überhaupt nicht in den Kreis seiner Betrachtungen.

Während Schöninger die Darlehenshingabe immer für eine freiwillige hält und daran anschliessend diese Hingabe als eine Leistung sine causa auffasst, hält Schlossmann (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 45: „Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte") die Darlehenshingabe immer dann für eine freiwillige ohne vorherige Bindung, wenn das Darlehen ein unentgeltliches ist (V. S. 65 ff.). Er macht also einen Unterschied zwischen entgeltlichem und Freundschaftsdarlehen, er erkennt die Zusage eines entgeltlichen Darlehens als klagbar an (S. 91), damit wird ihm jedoch dieses Darlehen zum Konsensualvertrag (S. 70, 71). Die Beweisführung, warum das Darlehen in diesen Fällen Konsensualkontrakt sei, ist vom Standpunkte Schlossmanns

einfach: er geht davon aus, dass die Realkontraktsnatur des Darlehens nur aus seiner Unentgeltlichkeit folge, die eine Bindung vor erfolgter tatsächlicher Hingabe ausschliesse; da er jedoch die Verbindlichkeit des Versprechens zinstragender Darlehen nicht ableugnen kann, ist folgerichtig das entgeltliche Darlehen — seiner Beweisführung gemäss — Konsensualkontrakt, wie ja jeder bindende Vorvertrag den Realkontrakt zum Konsensualkontrakt mache (S. 68, 69).

Aber die dieser Folgerung Schlossmann's zu Grunde liegenden Behauptungen sind u. E. unrichtig: So wenig Realobligationen Verpflichtungen wegen ungerechtfertigter Bereicherung sind, so wenig sind Realkontrakte „von der Phase der Realisierung gefolgte Konsensualkontrakte".

Schlossmann geht davon aus, dass verschiedene Ursachen die Entstehung der Realkontrakte im römischen Recht veranlasst hätten,[10]) in Bezug auf das Darlehen (ebenso in Bezug auf Leihe und Verwahrung) sei es die Unentgeltlichkeit gewesen, welche die Auffassung des Darlehens als Realkontrakt bewirkt hätte. Ohne darauf näher einzugehen, sei hier darauf hingewiesen, dass in der späteren Entwicklung des römischen Rechtes das verzinsliche Darlehen ebenfalls als Realkontrakt behandelt wurde, was allgemein anerkannt wird und wogegen auch Schlossmann keinen Beweis anführt.

Aber von der dogmatisch historischen Frage abgesehen — wie wir gesehen haben (vergl. Schöninger, Lübbert u. a.), werden die heterogensten Ansichten über die gegenwärtige Bedeutung der Realkontrakte aus der Geschichte abgeleitet — die Richtigkeit der Behauptung, dass bei den unentgeltlichen Verträgen (Darlehen etc.) heute eine Bindung der Parteien nicht gegeben sei, bevor eine tatsächliche Leistung erfolgt sei, lässt sich u. E. nicht erweisen, sodass der materielle Grund, warum Realkontrakte heute noch bestehen, d. h. wann die tatsächliche Leistung Qualitätserfordernis eines Vertrages ist, nicht die Unentgeltlichkeit dieser Verträge ist. Wir stehen heute auf dem Boden der Vertragsfreiheit, niemand ist gezwungen, sich zur Hingabe eines Darlehens ohne Zinsen zu verpflichten:

10) Dagegen richtig Lübbert a. a. O. S. 343.

wenn er es trotzdem tut, so ist er auch zur Hingabe verpflichtet. Ein Schenkungsversprechen, demzufolge Schriftlichkeit erforderlich wäre, liegt u. E. nicht vor (vergl. auch hierzu Lübbert S. 370). Uebrigens möchte Schlossmann jedes Versprechen eines zinslosen Darlehens — auch das schriftliche und notarielle — als nicht bindend erklären, eine Auffassung, deren Begründung überhaupt nicht eingesehen werden kann. Der Grund, warum speziell das unentgeltliche Darlehen Realkontrakt sein müsse, kann also keineswegs darin gefunden werden, dass eine Bindung zu einem unentgeltlichen Darlehen nicht möglich sei.

Aber auch durch die Bindung zur Darlehenshingabe wird das Darlehen nicht zum Konsensualvertrag, wie Schlossmann annimmt. Der Konsens ist ganz verschiedener Natur beim Konsensual- und Realkontrakt. Bei ersterem besteht der Konsens darin, dass die Parteien durch ihre Uebereinstimmung Verpflichtungen begründen wollen und begründen, beim Realkontrakt besteht der Konsens darin, dass die Parteien einig sind, dass erst durch Hinzukommen eines weiteren tatsächlichen Ereignisses der Hingabe die betreffenden Verpflichtungen zur Entstehung kommen. Schlossmann behauptet selbst, dass in den Fällen, in denen e r einen Realkontrakt annimmt, der Konsens allein noch nicht bindet, dass also die Parteien die betreffenden Verpflichtungen noch nicht übernehmen wollen. Solange dies aber noch nicht der Fall ist, liegt der betreffende Vertrag überhaupt noch nicht vor; der Konsens beim Realvertrag ist eben noch kein Vertrag, wie Schlossmann trotz allem anzunehmen scheint, wenn er die Realkontrakte „von der Phase der Realisierung gefolgte Konsensualkontrakte" nennt. Wenn daher durch den blossen Konsens Verpflichtungen übernommen werden, so sind diese nicht Verpflichtungen aus dem Realkontrakt, sondern es sind Verpflichtungen, die durch einen besonderen Konsensualvertrag (den Vorvertrag) begründet werden. Nur dann würde das Darlehen mit vorheriger Bindung zur Hingabe zum Konsensualkontrakt, wenn eben diese Hingabe die Hauptdarlehensverpflichtung, Zweckbestimmung des Darlehens nicht Darlehensbegründung wäre, wie ja Cohn (a. a. O. S. 40) ausdrücklich behauptet.

Aber auch dann würde sich daran nichts ändern, dass die Darlehens-Rückgabeverpflichtung nicht durch den Konsens der Parteien allein, sondern erst mit der Hingabe zustande kommt.[11])

Kapitel II.

§ 5. Welches ist der Zweck des Darlehens und in welchen Verpflichtungen kommt er zum Ausdruck?

Wenn die Natur eines Vertrages erkannt werden soll, muss zuerst der durch ihn verfolgte wirtschaftliche Zweck festgestellt werden. Daher hat, wie oben dargelegt, die Konstruktion des Darlehens auszugehen von seinem wirtschaftlichen Zweck.

Die Schwierigkeit, die Causa im engeren Sinne, den Zweck eines Rechtsgeschäfts festzustellen, sehen Hohenstein und die übrigen von ihm (a. a. O. S. 43) zitierten Schriftsteller mit Recht in der Unterscheidung des faktischen Motives und der eigentlichen Bestimmungsgründe des Rechtsgeschäfts.

Die tatsächlichen Beweggründe, welche die Vertragsschliessenden veranlassen z. B. ein Darlehen abzuschliessen, können die verschiedenartigsten sein, es können Erwerbszwecke, Freundschaft und andere Beweggründe sein, welche den Abschluss von Darlehensverträgen herbeiführen. Diese Motive sind rechtlich unerheblich, lediglich der Verkehrszweck, den die Parteien erklärtermassen als Geschäftszweck wollen, kann hier in Betracht kommen.

Jetzt fragt es sich aber weiter, ob dieser Verkehrszweck ein verschiedener sein kann seiner wirtschaftlichen und juristischen Natur nach, mit andern Worten, ob der wirtschaftliche vom juristischen Erfolge beim Rechtsgeschäft getrennt werden kann?

U. E. ist dies nicht möglich. Das Recht ist nicht menschlicher Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Erreich-

[11]) Es konnten in dem hier abgeschlossenen § nur die wichtigeren, in der Literatur versuchten Konstruktionen dargelegt werden; es sollten vor allem die Grundlagen hervorgehoben werden, von denen die Konstruktionsfrage abhängt.

ung von Zwecken. Die Rechtsfolgen sind nicht das Ziel der Wünsche der Parteien, denn sie vermitteln nur die Erreichung wirtschaftlicher Zwecke.[1])

Demgemäss ist der Zweck immer ein wirtschaftlicher, erreicht wird er durch Abschluss eines Rechtsgeschäfts, das durch seine Rechtswirkungen charakterisiert wird. Zum Eintritt dieser Rechtswirkungen ist es nicht erforderlich, dass sie von den Parteien im einzelnen gewollt sind; wenn die Parteien nur den wirtschaftlichen Gesamterfolg wollen, „wenn sie nur durch den Inhalt ihrer Absicht den Tatbestand eines Rechtsgeschäftes unzweideutig konkretisiert haben". Aber immerhin müssen die rechtlichen Wirkungen dem gewollten wirtschaftlichen Gesamterfolg im grossen und ganzen entsprechen.

Es fragt sich nun: Welches ist der wirtschaftliche Zweck des Darlehens und welches sind die Rechtsfolgen, die diesen Zweck verwirklichen?[2])

Wirtschaftlich betrachtet, gehört das Darlehen zweifellos zu den Leihverträgen im weiteren Sinne. Jede andere Auffassung[3]) geht nicht von dem Verkehrszweck, den die Parteien einem Darlehen beimessen, aus, sondern konstruiert einen formaljuristischen Zweck. Es heisst, nicht die Wortbildung mit der Begriffsbildung verwechseln, wenn hier an erster Stelle darauf hingewiesen wird, dass die sprachliche Grundbedeutung des Wortes „Darlehen" leihen ist. Denn das Darlehen ist eine Vermögensleihe, eine Leihe von Vermögenswerten. Vertretbare und verbrauchbare Sachen[4]) werden wirtschaftlich geliehen; nun würde aber eine Leihe vertretbarer und verbrauchbarer Sachen ihren

1) Vergl. hiezu Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901 S. 80.

A. Ansicht. Fitting und Archiv für zivilistische Praxis 62. S. 389; Brühl: Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag 1875 und gegen diese Hohenstein a. a. O. S. 45 ff.

2) Der Entstehungsgrund dieser Rechtsfolgen ist dann identisch mit dem Vertragabschluss.

3) Vergl. die bei Hohenstein Seite 53 Zitierten.

4) Es ist hier und im Folgenden ausschliesslich an das Gelddarlehen gedacht, das gegenüber den anderen Darlehen eine so überragende Rolle im Verkehr spielt, dass der Laie unter Darlehen in der Regel überhaupt nur ein Gelddarlehen versteht.

Zweck gänzlich verfehlen, wenn nicht der Entleiher das Recht hätte, diese Sache zu veräussern. Das Recht, eine Sache zu veräussern, hat aber der Gebrauchsleiher, der nicht Eigentümer ist, nicht. Um den wirtschaftlichen Zweck der Gebrauchsleihe von Geld zu erreichen, musste der Entleiher Eigentümer werden. Infolgedessen ist die causa utendi und die causa credendi u. E. gar nicht in der Weise, wie es z. B. Hohenstein (a. a. O. S. 54, 55) tut, zu trennen. Die causa credendi ist wirtschaftlich identisch mit der causa utendi, wenn es sich um vertretbare und verbrauchbare Sachen, wie z. B. um Geld handelt.

Aber weil der wirtschaftliche Zweck des Darlehens Gebrauchsüberlassung, nicht Schenkung oder etwas anderes ist, ist die causa des Darlehens nicht anders juristisch zu verwirklichen als dadurch, dass der Eigentumsverschaffung als Korrelat ein Rückforderungsanspruch gegenüber steht, dessen Bedeutung darin besteht, die Eigentumsverschaffung beim Darlehen von jeder anderen Eigentumsverschaffung zu unterscheiden, die von den Parteien gewollte wirtschaftliche causa rechtlich zu verwirklichen. So ergibt sich, dass der wirtschaftliche Zweck des Darlehens juristisch seinen Niederschlag in der Darlehensrückforderung findet, die somit diejenige rechtliche Verbindlichkeit ist, welche der causa des Darlehens entspricht und deren Entstehung identisch ist mit dem Vertragsabschluss.

Trotzdem beim Darlehen Eigentum an der Valuta übertragen wird, nehmen Hohenstein und einige andere[5]) an, dass der Kreditgeber ausserdem noch die Pflicht habe, den Darlehensnehmer im Besitze des Kapitals zu belassen und dass dieser Pflicht der Gebrauchsbelassung die Zinspflicht des Kapitalnehmers gegenüber stehe. In der zeitlichen Unbeschränktheit des Eigentums des Empfängers an dem Darlehenskapital liege ein Hinausgehen des Mittels über seinen Zweck, daher erscheine nur die Pflicht der Gebrauchsbelassung als die dem Zweck des Darlehens entsprechende Pflicht, während der Rückforderungsanspruch nur eine Schranke des Eigentums oder des Vermögens sei.

---

[5]) Hohenstein a. a. O. und vor allem auch Affolter Archiv für bürg. R. Bd. 26; dagegen Oertmann vor 607 5 a.

Die eben erwähnten Schriftsteller teilen mit uns die Auffassung, dass wirtschaftlicher Zweck des Darlehens Gebrauchsleihe sei.

Wenn diesem wirtschaftlichen Zweck entsprechend das Eigentum am Darlehensgegenstand beim Kreditgeber — analog wie bei der Miete — verbleiben würde, so wäre ohne Zweifel die Leistungspflicht des Kreditgebers nicht lediglich Uebergabe des Darlehens, sondern auch „Kapitalsbelassung". Indessen, der Kreditgeber überträgt das Eigentum auf den Darlehensnehmer. Hohenstein behauptet (S. 82), diese Eigentumsverschaffung sichere in rechtlicher Beziehung dem Empfänger zwar den augenblicklichen Genuss des Darlehensgegenstandes, nicht aber den dauernden. Diese Behauptung lässt sich u. E. juristisch nicht halten: Das Eigentum an dem Darlehensgegenstande wird unbeschränkt übertragen; wirtschaftlich mag das Darlehen nur zum Gebrauche überlassen werden, rechtlich verbleibt infolge der Eigentumsverschaffung keinerlei Anspruch an dem gewährten Darlehen bei dem Kreditgeber. Der Darlehensgegenstand, der nicht allein Symbol des ökonomischen Wertes, sondern auch eine Substanz ist, die juristisch den gesetzlichen Bestimmungen über Sachen unterworfen ist, wird nicht auf Zeit, sondern d a u e r n d auf den Darlehensempfänger übertragen. „Der Gebrauch ist kein selbständiger Vermögensbestandteil, der neben dem Eigentum übertragen werden könnte."[6]) Ein Ausgleich zwischen dem wirtschaftlichen Zweck der Gebrauchsleihe und der über die Leihe hinausgehenden Eigentumsverschaffung wird durch Entstehung einer n e u e n Verbindlichkeit des Darlehensnehmers, eines n e u e n Anspruchs des Kreditgebers erreicht. Dieser neue Anspruch ist der befristete Rückforderungsanspruch. Rechtlich besteht daher neben der Eigentumsverschaffung keine Pflicht zur Kapitalbelassung, sondern der neue Anspruch entsteht eben in der Weise, dass er nur nach einer bestimmten Frist geltend gemacht werden kann.

---

[6]) M. S. Jacoby: Das Wuchergeschäft, in Iherimg's Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts Bd. 60, 1911 S. 233 ff.

Der Auffassung, dass „tatsächlich und gar juristisch Gegenstand der Leistung nur das „Belassen" des Kapitals zum Gebrauch" sei, tritt neuerdings entschieden Jakoby[6]) entgegen. Er leugnet aber zugleich auch, dass der wirtschaftliche Zweck des Darlehens Gebrauchsleihe sei. Vielmehr behauptet er, „der wirtschaftliche Zweck des Darlehens sei die Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfnisses unter Ausnützung des persönlichen Kredits".

Jakoby identifiziert so den Verkehrszweck des Darlehens mit dem speziellen Zwecke, den der Darlehensnehmer mit der Aufnahme des Geldes verfolgt und übersieht dabei u. E., dass „die Befriedigung des augenblicklichen Bedürfnisses" nur eine Art ist, wie der Darlehensnehmer den ihm zeitweise zum Gebrauche überlassenen Vermögenswert verwendet. Der Gebrauch von Geld kann nicht gemacht werden ohne seinen Verbrauch. Wenn auch der Entleiher sein augenblickliches Geldbedürfnis befriedigen will, so will er den Gebrauch des überlassenen Vermögenswertes auf Zeit und nicht nur momentan erlangen; wenn er das Geld nur „zur Befriedigung eines augenblicklichen Geldbedürfnisses" erhielte, so wäre ihm nicht gedient, ein „augenblickliches Geldbedürfnis" würde das andere ablösen. Darin liegt eben die causa des Darlehens, dass Vermögenswerte auf Zeit, weder für Augenblicke noch dauernd überlassen werden.

Lediglich deswegen, weil der Gebrauch von Geld Eigentum voraussetzt, wird ein Darlehen durch Eigentumsübertragung begründet. Dieser Begründungsakt des Darlehens erfolgt durch einseitige Leistung des Kreditgebers, die an und für sich nichts mit der Verpflichtung zur Zinszahlung zu tun hat und allein den Rückforderungsanspruch zur Entstehung bringt.[7]) Die Befristung der Rückforde-

[7]) Demgemäss kann auch diese Leistung, die den Darlehensvertrag begründet, u. E. nie eine wucherische sein, wie Jakoby annimmt; wohl können die Verpflichtungen des Vorvertrags zur Darlehenshingabe als wucherische nichtig sein (138, 2 B.G.B.), insofern als damit im Zusammenhang die Verzinsungspflicht übernommen wird; nicht aber ist die Erfüllung, die den Darlehensvertrag und damit lediglich die Rückgabeverpflichtung begründet, eine wucherische. (So im Ergebnis auch die von Jacoby als irrig bestrittene Ansicht Oertmann's und des Oberl. Ger. Dresden Jacoby S. 233).

rungsanspruchs ist unabhängig von der Leistung und entspringt entweder aus besonderem Vertrag oder Gesetz.[7])

Als Aequivalent für die tatsächlich gegebene Befristung dieses Anspruchs wird die Zinsverpflichtung übernommen, die aber unabhängig vom Darlehen selbst ist. Wohl ist auch sie eine dem Darlehen eigentümliche Verpflichtung, aber sie gibt nur dem Motiv des Darlehensgebers Ausdruck, nicht aber dem Verkehrszweck des Darlehens. Die Zinsverpflichtung kann wohl dazu dienen, im einzelnen Falle das Darlehen von der Hinterlegung zu unterscheiden. Zinsvereinbarungen können zwar beweisen, dass der Verkehrszweck des Geschäftes Darlehen, nicht Depositum ist, aber sie sind nicht die dem wirtschaftlichen Verkehrszweck des Darlehens rechtlich entsprechenden Verpflichtungen, geben nicht selbst den wirtschaftlichen Zweck wieder, sondern sind nur Auslegungsmittel zur Erkenntnis dieses Zweckes.

Zinsvereinbarung und Darlehensvertragsabschluss fallen nicht begriffsnotwendig zusammen. Bei der Frage, welches die Natur des Darlehens ist, kommt daher nicht die Entstehung der Zinsverpflichtung, sondern lediglich die Entstehung der Rückgabeverpflichtung in Betracht.

§ 6. Entstehung des Rückgabeanspruchs.

Wenn auch bereits (S. 15 ff. unserer Darstellung) die Auffassung abgelehnt wurde, dass für die Unterscheidung, ob Real- oder Konsensualvertrag vorliege, es von Belang sei, ob zufällig zwischen Darlehensberedung und Hingabe ein längerer Zeitraum liegt oder nicht, so könnte doch materiell ein Unterschied zwischen den von den Vertretern der Konsensualkontraktstheorie sogenannten „Zeitgeschäfts- und Realgeschäftsdarlehen" bestehen, insofern als es dem Verkehrswillen der Parteien entsprechen könnte, dass beim Darlehen mit vorausgegangener Beredung die Einigung für die typische Darlehensverpflichtung, die Rückgabe, begründend sein soll, während die Parteien beim „Realgeschäftsdarlehen" die Rückgabeverpflichtung erst mit der Hingabe begründen wollen. Es erscheint jedoch angebrachter, an Stelle der von Lübbert und andern gewählten

Teilung in „Realgeschäftsdarlehen" und „Zeitgeschäftsdarlehen" getrennt zu erörtern über die Darlehen mit zeitlich vorausgehender Bindung zum Vertragsabschluss und Darlehen ohne eine solche vorausgehende Bindung, weil so vor allem das materielle Moment, auf das es doch allein ankommt, gegenüber dem formellen mehr in den Vordergrund tritt.

A. Darlehen ohne zeitlich vorausgehende Bindung zum Vertragsabschluss.

Folgende verschiedene Tatbestände kommen hier vornehmlich in Betracht:

1. Der A kommt zu B und bittet ihn um ein Darlehen; B greift in die Tasche und gibt dem A das Geld als Darlehen.

2. A unterhandelt mit dem Bankier B um Gewährung eines Darlehens; sie einigen sich nicht über alle Punkte, A geht weg mit der Bemerkung, am ersten Tage der nächsten Woche komme er wieder. A kommt an diesem Tage wieder zu B: nunmehr erfolgt eine Einigung und A erhält das bereits gerichtete Geld von B sofort als Darlehen.

3. A hat von B eine Zuwendung erhalten; nach erfolgter Zuwendung wird vereinbart, dass A die ihm zugewendete Summe nach x Jahren wieder leisten und dafür y Prozent Zinsen zahlen soll.

Dass diese verschiedenen Tatbestände in Bezug auf die Grundfrage, die wir erörtern, die gleiche Stellungnahme veranlassen, sagt auch Lübbert (A. a. O. S. 407), der diese Fälle unter dem gemeinsamen Namen „Realgeschäftsdarlehen" behandelt, welchen Terminus er von Scherler[8]) entnommen hat.

Realgeschäftsdarlehen sind demnach nicht lediglich Freundschaftsdarlehen, wie Kohler (S. 20 seiner Abhandlung: Vereinbarungsdarlehen Archiv f. B. R. S. B. R. 1909) anzunehmen scheint, sondern auch Geschäftsdarlehen kommen hier in Betracht, die ohne vorheriges Darlehensver-

[8]) Scherler § 610 B.G.B. Greifswald 1903.

sprechen zustande kommen.[9]) Es sind Darlehen mit Zinsverpflichtung und ohne eine solche, die ohne jede vorhergehende Verpflichtung zur Geldhingabe oder Annahme abgeschlossen werden.

Aber wenn gleich bei den vorerwähnten verschiedenen Geschäften erst die Hingabe überhaupt eine Verpflichtung hervorbringt, so ist es doch nicht so, als ob die res die ganze Willensmeinung wiedergebe;[10]) es würden ja sonst überhaupt recht oft und leicht Zweifel über den Charakter eines Geschäftes möglich sein. Ein Freundesdarlehen könnte als Schenkung aufgefasst werden und anderes mehr. Immer, selbst wenn konsensuales und reales Moment sehr schnell auf einander folgen, sodass sie als ein einziger Akt erscheinen, sind diese beiden Momente zu trennen.

Es fragt sich nun, welcher Inhalt einem jeden dieser beiden Momente innewohnt. Gerade der Umstand, dass hier nur ein einziger Konsens in Betracht kommen kann, bedingt ja die Zusammengehörigkeit der vorstehenden Fälle und es besteht auch darüber kein Zweifel, dass dieser Konsens für sich nie und in keiner Weise bindet.[11]) Der Konsens kann hier eben nur dahin aufgefasst werden, dass vereinbart wird, die tatsächliche Hingabe charakterisiere sich als Darlehen. Die Einigung erzeugt also hier keinerlei Verpflichtung, weder Hingabe- noch Rückgabeverpflichtung. Darin stimmen Vertreter verschiedenster Ansichten überein.

Zur Entstehung einer Verpflichtung muss Hingabe hinzutreten. So entspricht es der Auffassung des Verkehrs, so entspricht es auch unserm Gesetze in § 607 Abs. 1 B. G. B.: „Wer Geld . . . . . empfangen hat, ist verpflich-

---

[9]) Dass Kohler den Lübbertschen Begriff vom Realgeschäftsdarlehen (= Darlehen ohne vorausgehende Beredung) teilt, beweisen seine Ausführungen auf S. 221 seiner Abhandlung im Archiv f. B. R. Bd. II 1889. Ein Vergleich der beiden Stellen S. 20 in der Schrift von 1909 und S. 221 in der Schrift von 188 ergibt, dass Kohler der Ansicht ist: Darlehen ohne vorhergehendes Versprechen kämen im Verkehr mindestens in der Regel nur als Freundschaftsdarlehen vor.

[10]) Siehe oben.

[11]) Vergl. Lübbert a. a. O. S. 407.

tet . . . . . ." Zwar wird die Hingabe in erster Linie in der Tradition baren Geldes bestehen, aber es ist selbstverständlich, dass bei unseren gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen, vor Allem unserem entwickelten Bankgiroverkehr diese effektiv bewirkte Hingabe nicht die einzige Möglichkeit zur Begründung eines Darlehens ist. Um Missverständnissen vorzubeugen, hat die zweite Kommission die Fassung des ersten Entwurfs des B. G. B., in der Bestand des Darlehensvertrags von der Eigentumsverschaffung abhängig gemacht worden war, absichtlich geändert und die allgemeine Fassung: „Wer empfangen hat" gewählt. Es ist mit Absicht hier nicht eine streng juristische Fassung gewählt: zur Darlehensbegründung soll es ausreichend sein, wenn derselbe wirtschaftliche Erfolg hergestellt wird, der mit der Eigentumsverschaffung bewirkt wird. Hier darf u. E. nicht formal-juristisch konstruiert werden, wie es Hohenstein S. 23 ff. tut: Dass durch Gutschrift oder Anweisung nur ein obligatorisches Recht verschafft werde, dessen Effektuierung erst als tatsächliche Hingabe aufgefasst werden könne, wenn überhaupt an der Realnatur des Darlehens festgehalten würde. Die Verkehrsauffassung unterscheidet nicht zwischen einer solchen indirekten Valutaregulierung und tatsächlicher Hingabe; in dem Augenblicke, in dem der Darlehensnehmer über die Valuta verfügen k a n n — es ist nicht nötig, dass er dies tatsächlich tut —, ist er wirtschaftlich mindestens ebenso gestellt, als wenn er die Valuta in Bar empfangen hätte. Die Realnatur des Darlehens, wie wir sie vertreten, erfordert nicht die Hingabe als eine Form, sondern als materiellen Bestandteil der Darlehensbegründung. Wann demgemäss das Darlehen empfangen ist, dürfen wir getrost der Verkehrsauffassung überlassen. Es widerspricht infolgedessen keineswegs der Realnatur des Darlehens, dass auch durch indirekte Valutaregulierung ein Darlehen begründet werden kann. Es ist kein Unterschied, ob z. B. in unserm Beispiel 1. B, statt bares Geld dem A zu übergeben, mit ihm sofort auf seine Bank geht, bei der er ein Konto hat und dort aus seinem Guthaben die erbetene Summe auf das Konto des A übertragen lässt. Mit der vollzogenen Anwei-

sung ist das Darlehen zustandegekommen. A ist in die Lage versetzt, über das Geld zu verfügen, er hat nach der Auffassung des Verkehrs das Darlehen empfangen. Nicht aber, weil A ein Forderungsrecht erlangt hat, sondern weil A einen Vermögensvorteil erlangt hat, der nach der Auffassung des Verkehrs der Uebergabe einer gleichen Summe baren Geldes gleichsteht, wird er Darlehensschuldner. Die Möglichkeit der Darlehensbegründung durch Forderungsabtretung und Gutschrift zwingt keineswegs zur Annahme des Darlehens als Konsensualvertrag.[12])

Ebensowenig spricht die Möglichkeit der Darlehensbegründung durch Schuldverwandlung gegen die Annahme des Darlehens als Realvertrag, wie vor Allem Krahmer[13]) annimmt. Hier ist eben das reale Moment dem konsensualen vorausgegangen. (Vergl. obigen Tatbestand 3.) Die Vereinbarung allein kann auch hier kein Darlehen begründen. Es muss auch hier wieder ein Moment hinzukommen, d. h. vorausgegangen sein, welches der effektiven Hingabe vom Verkehr gleichgeachtet wird. Der Verkehrsauffassung liegt hier, wenn auch wohl vielfach unbewusst, folgende Anschauung zu Grunde: Wenn mir Jemand etwas schuldig ist (gleichviel aus welchem Grunde), so muss er mir es eigentlich geben; da ich ihm jedoch darlehensweise wieder etwas geben will, so kommt es wirtschaftlich auf dasselbe hinaus, wenn er das, was er mir schuldet, als Darlehen behält. In der Tat ist auch in der Wissenschaft die Realnatur des Darlehens vielfach mit einer fingierten duplex numeratio erklärt worden. Andere wieder halten die Erklärung durch eine solche Fiktion für unnötig und sehen in dem Erlass der Urforderung credendi causa den tatsächlichen rechtlichen Vorteil, der die Grundlagen der realen Darlehensschuld bilde.[14]) Da der Verkehrsauffassung, die eine derartige Darlehensbegründung der tatsächlichen Hingabe gleichachtet, in § 607 Abs. 2 ausdrücklich Rech-

---

[12]) Wie Hohenstein a. a. O. S. 27 annimmt.

[13]) Krahmer, der Darlehensbegriff Halle 1900 S. 33.

[14]) Vergl. zu dieser Konstruktionsfrage Oertmann a. a. O. zu § 607 II B und die dort Zitierten.

nung getragen ist,[15]) erübrigt sich u. E. hier auf diese Konstruktionsfrage des Weiteren einzugehen.

In allen Fällen, wo statt der Tradition baren Geldes ein anderes Moment zur Einigung hinzutritt,[16]) um das Darlehen zu begründen, wird dieses Moment von der Verkehrsauffassung wirtschaftlich der tatsächlichen Hingabe gleichgeachtet und der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Traditionssurrogate folgt die rechtliche Gestaltung, die ja nie Selbstzweck ist, sondern nur wirtschaftliche Zwecke verwirklicht.[17])

Ich rekapituliere: In den bisher erörterten Fällen entsteht die Rückgabeverpflichtung und damit auch der Darlehensvertrag, erst nachdem zwei Tatbestandsmerkmale („Qualitätsmomente") gegeben sind: Einigung und Hingabe bezw. ein der Hingabe vom Verkehr gleichgeachtetes Moment.

Dem entspricht auch vollkommen die Fassung unseres B. G. B. in § 607. Zwar sagen die Motive[18]) ausdrücklich, dass der Gesetzgeber keine Legaldefinition geben wollte, weil der „Darlehensbegriff sich im Rechtsleben eingebürgert" habe und eine Stellungnahme zu der Streitfrage in der Wissenschaft, ob das Darlehen Real- oder Konsensualkontrakt sei, entbehrlich zu sein schien. Der Gesetzgeber wollte vor allem letzteren Streit nicht entscheiden. Er hat auch tatsächlich den § 607 nicht als Definition abgefasst. Aber er wollte[18]) und musste der Verkehrsauffassung Rechnung tragen, welche die Rückerstattungspflicht als eine Folge der causalen Hingabe auffasst. Demgemäss hat er die dem Darlehensvertrag eigentümlichen Verpflichtungen

---

[15]) Vergl. hier die Motive, die die Sondervorschrift des § 607 Abs. II als eine Vorschrift erklären, die zu dem Zwecke aufgenommen ist, um Zweifel auszuschliessen. Mugdan: Die gesamten Materialien z. B. G. B. II 173 zu § 454.

[16]) Dies ist auch noch bei andern „gemischten Verträgen" der Fall, insbesondere bei dem contractus mohatrae, die alle in dieser Weise zu erklären sind, weshalb in unserer Darstellung nicht näher darauf eingegangen wird.

[17]) Vergl. oben unsere Ausführungen.

[18]) Vergl. Mugdan a. a. O. S. 170.

an die erfolgte Hingabe und Annahme geknüpft[19]) und das Darlehen, soweit der § 607 wenigstens in Betracht kommt, als Realkontrakt gekennzeichnet.

Dadurch ist u. E. das Darlehen, soweit es durch den § 607 geregelt ist, als ein einseitiger Vertrag charakterisiert. Denn die Stellungnahme zu dieser letzteren Frage, ob das Darlehen ein einseitiger oder zweiseitiger Vertrag ist, ergibt sich folgerichtig aus der Auffassung vom Darlehen als Real- oder Konsensualkontrakt.

Da in den bisher erörterten Darlehensfällen das Darlehen sich als Realkontrakt darstellt, ist es zugleich ein einseitiger Vertrag: Wenn überhaupt keine Verpflichtung zur Hingabe besteht, sondern wenn mit erfolgter Hingabe erst ein Vertragsabschluss zustande kommt, kann die Hingabe nicht die eine Seite eines synallagmatischen Vertrages sein, für den sie erst begründend ist, ohne dass hier auf die Frage eingegangen zu werden braucht, ob Hingabe und Rückgabe angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des Darlehens die beiden Seiten eines gegenseitigen Vertrages sein können.[20]) Denn ein gegenseitiger Vertrag im Sinne unseres B. G. B. ist ein Vertrag, durch den zwei korrespondierende Verpflichtungen begründet werden, welche Leistung und Gegenleistung darstellen. Zwar wird hier nicht die Kohler'sche Ansicht[21]) geteilt, dass gegenseitige Verträge nur dann vorliegen, wenn Leistung und Gegenleistung in der Zukunft liegen, sodass z. B. auch der Realkauf ein einseitiger Vertrag wäre; denn es ist u. E. sehr wohl möglich, dass bei den gegenseitigen Verträgen obligatorischer Begründungsakt und dinglicher Uebertragungsakt durch ihr schnelles Aufeinanderfolgen gleichsam zusammen fallen. Dies ist dann der Fall, wenn die Schuld zwar zufällig erst durch die Leistung entsteht, aber logisch nicht durch die Leistung be-

[19]) Derselben Ansicht in Bezug auf die Bedeutung des § 607 für die bisher behandelten Fälle des Realgeschäftsdarlehens sind selbst Gegner des Realvertrags; vergl. Schlossmann a. a. O. S. 71.

[20]) Darüber später beim Vertrag mit vorausgehender Bindung zum Vertragsabschluss.

[21]) Wie Kohler auch Dernburg Lehrbuch II § 167 III Endemann Lehrbuch § 163 II.

dingt ist, wie eben beim Realkauf. Andererseits wird auch nicht die Lübbert'sche Ansicht für richtig erachtet, dass gegenseitige Verträge schon dann vorliegen, „wenn das in dem Vertrag hervortretende wirtschaftliche Geschäft ein gegenseitiges ist." Wenngleich „das Recht nur zur Durchführung des wirtschaftlichen Verkehrs da ist",[22]) so können wir doch die Bestimmungen der § 320 ff. B. G. B. nicht für Verträge anwenden, auf die sie sich gar nicht beziehen.

Beim Darlehen ist die Sachlage eine andere wie beim Realkauf.[23]). In den bisher erörterten Darlehenstatbeständen ist die eine Leistung (Hingabe) nicht nur zufällig Darlehensbegründung, sondern, wie dargelegt wurde, zur Entstehung der Verpflichtung (Rückgabe) unbedingt erforderlich, die Hingabe ist logisches Erfordernis der Entstehung der Rückgabeverpflichtung, ist notwendig zur Entstehung des Vertrags. Unter diesen Umständen ist es unmöglich, dass die Hingabe Darlehensverpflichtung sei.[24])

B. Darlehen mit zeitlich vorausgehender Bindung zum Vertragsabschluss.

Wird schon behauptet, dass das Darlehen ohne vorausgehende Bindung zum Vertragsabschluss ein Konsensualkontrakt sei, so sind der Stimmen noch mehr, die das Darlehen mit vorausgehender Bindung, das sogenannte

[22]) Vergl. Lübbert a. a. O. S. 408.

[23]) Die Anhänger der Konsensualkontraktstheorie, welche im Gegensatz zu Kohler auch das Realgeschäftsdarlehen als gegenseitigen Vertrag auffassen, behandeln es analog dem Realkauf. Sie verneinen dass beim Realgeschäftsdarlehen die Hingabe logisches Erfordernis der Vertragsentstehung ist, (so Hohenstein S. 77 ff. Lübbert S. 409 ff., der aber auch von einem andern Begriff (s. oben) des gegenseitigen Vertrags ausgeht).

[24]) Die Konsequenz, die sich hieraus in erster Linie für die Praxis ergibt ist die, dass aus dem Wesen des Darlehensvertrags nicht, hervorgeht, dass der Darlehensgeber für etwas anderes als Eigentumsverschaffung der hingegebenen Sache haftet, also insbesondere nicht für Mängel der hingegebenen Sache. Wenn Vertreter der Realkontraktstheorie eine solche Verpflichtung aus dem Darlehensvertrage doch ableiten, so bedeutet dies eine Inkonsequenz, die wohl darauf beruht, dass von diesen letzterwähnten Schriftstellern die Hingabe nicht genügend als notwendiger materieller Bestandteil des Vertragsabschlusses gewürdigt wird. (Vergl. hiezu Hohenstein S. 84. Oertmann S. 652 Abs. 5 und die dort Zitierten. —)

„Zeitgeschäftsdarlehen", als einen einheitlichen Konsensualkontrakt auffassen, durch den die gegenseitigen Verpflichtungen der Hingabe und Rückgabe festgesetzt werden. Die nach unserm deutschen[25]) Rechte herrschende Auffassung hält indes daran fest, dass auch dieses Darlehen heute noch ein Realkontrakt sei und dass die im Verkehr alltägliche Verpflichtung zur Darlehenshingabe bezw. Annahme in einem gesonderten Vertrage zustande kommt. Während die Anhänger der Konsensualkontraktstheorie die Zinsverpflichtung in dem Darlehensvertrag mit einbegreifen, fassen die Vertreter der Realkontraktstheorie die Zinsvereinbarung als einen selbständigen Vertrag auf, der mit der Natur des Darlehens nichts zu tun habe.

Wie oben in § 5 dargelegt, ist u. E. die Rückgabeverpflichtung die causale Darlehensverpflichtung, deren Entstehung identisch mit dem Vertragsabschluss, während die Zinsverpflichtung lediglich ein Accidentale des Darlehens ist, ohne die Causa desselben wiederzugeben. Es ist weiter verschiedentlich betont worden, dass u. E. die Auffassung vom Darlehen als Realkontrakt nur dann berechtigt ist, wenn die Hingabe materielles Erfordernis der Rückgabeverpflichtung ist. Damit soll indes keineswegs in Gegensatz getreten werden zu der heute allgemein anerkannten Anschauung, dass beide Auffassungen logisch möglich sind[26]) und dass den Streit der Meinungen die Verkehrsauffassung entscheidet. Die Parteien können jede Vereinbarung, die sie nur wollen, treffen und die Frage ist die, ob die Parteien die Hingabe als materielles Erfordernis der Rückgabeverpflichtung auffassen. Es gilt ja, um mit Kohler zu reden, die Konstruktion dem Leben und nicht das Leben der Konstruktion anzupassen.

Wenn wir das Darlehen mit vorausgehender Bindung als e i n „Geschäft" betrachten, den Vorvertrag also mit-

[25]) Vergl. zu § 607 ff die Kommentare von Dernburg, Staudinger, Oertmann, Türcke und a; ebenso wie nach deutschem Recht die herrschende Meinung entscheidet in unserer Streitfrage der Code civil § 1892, das österreichische B. G. B. während das neue schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911 im § 312 entschieden zu Gunsten der Konsensualkontraktstheorie Stellung nimmt.

[26]) Vergl. vor allem auch Regelsberger, Nachschrift zu Lübbert a. a O. S. 412, 413.

einbeziehen und uns die tatsächlich im Leben vorkommenden „Geschäfte" vergegenwärtigen, so finden wir, dass die vor Hingabe getroffenen Vereinbarungen je nach Sachlage verschiedenen Inhalt haben. Es werden Vereinbarungen getroffen, durch die lediglich der Darlehensgeber zur Hingabe gebunden wird, während es vom freien Belieben des Nehmers abhängt, ob er das Darlehen nehmen will oder nicht, es werden ferner Verträge geschlossen, durch die sich nicht allein der Geber, sondern auch der Darlehensnehmer bindet; endlich kommen auch Verträge zustande, durch die sich lediglich der Darlehensnehmer zur Annahme verpflichtet, ohne Verpflichtung des Darlehensgebers. Wird auch „vernünftigerweise" kaum bestritten werden können,[27]) dass diese drei Arten von Verträgen vorkommen, so bestehen doch darüber Meinungsverschiedenheiten, wann die eine oder andere Art der Bindung der Vertragsteile anzunehmen ist: In den seltensten Fällen wird von den Parteien mit juristischer Schärfe die eine oder andere Art der Bindung festgestellt. Der Verkehrsauffassung bleibt die Entscheidung in jedem einzelnen Falle u. E. überlassen, welche Art der Bindung anzunehmen ist. Keineswegs dürfte soweit gegangen werden, dass gleichmässig eine Verpflichtung zum Geben und Nehmen für jeden Vertrag angenommen wird, wie dies Regelsberger a. a. O. S. 414 zum Ausdruck bringt. Eine allgemein gültige Auslegungsregel der Parteivereinbarung dürfte unmöglich sein.

Freilich wird in der Regel, vor allem wenn es sich um grössere verzinsliche Summen handelt und das Darlehen von beiden vertragsschliessenden Teilen als „Geschäft" aufgefasst wird, eine beiderseitige Bindung vereinbart sein. Immerhin werden auch die Fälle nicht gerade selten sein, in denen lediglich der Darlehensgeber zur Hingabe eines Darlehens verpflichtet wird; erfolgt doch in der Praxis nur selten eine Klage gegen den Darlehensnehmer wegen Nichtannahme (auch nicht auf Schadenersatz!). Die Verträge, durch die lediglich der Darlehensnehmer verpflichtet wird, werden eine seltene Ausnahme bilden und eigentlich

[27]) So auch Eisele a. a. O. S. 26. vergl. auch Schäfer a. a. O. Seite 34.

nur im Zusammenhang mit andern Vereinbarungen, die mit dem Darlehen an und für sich gar nichts zu tun haben, vorkommen.

Stellungnahme unseres Gesetzes. Es ist schon des Oefteren behauptet worden, unser bürgerliches Gesetzbuch habe zwar das Realgeschäftsdarlehen in § 607 als Realkontrakt behandelt, aber das Darlehen mit vorausgehender Bindung zum Vertragsabschluss sei durch den § 610 als Konsensualkontrakt geregelt. Vor allem Schlossmann behauptet dies ausdrücklich.[28]) Auch Stintzing,[29]) der z. T. von ganz andern Voraussetzungen wie Schlossmann ausgeht — er hält das Darlehen seiner grundsätzlichen Natur nach für einen Realkontrakt —, nimmt an, dass durch den § 610 ein ganz anderer Vertrag als durch § 607 ff. geregelt sei. Stintzing leugnet gleich Schlossmann die Möglichkeit verbindlicher Vorverträge und in Bezug auf die Realkontrakte sogar die Möglichkeit verbindlicher Vorverpflichtungen (S. Seite 63 seiner Abhandlung), die er bei Konsensualkontrakten für möglich hält. Da nun nach Stintzing's Ansicht das Darlehen seiner Natur nach ein Realkontrakt ist, kann § 610 nur einen besonderen Vertrag behandeln, einen Konsensualkontrakt, nach Stintzing's Ansicht vor allem den Fall der Krediteröffnung, bei der sich der Bankier zur Kreditbereitschaft verpflichtet (S. 65 ff.). Damit stellt sich Stintzing auf den Standpunkt, dass § 607 und 610 je einen Darlehensvertrag sui generis regeln.

Dem ist indes nicht so: Zwar vermeidet es das Gesetz, eine exakte Begriffsbestimmung des Darlehensvertrags und der Darlehensverpflichtungen zu geben, aber es besteht doch die Tatsache, dass dann, wenn das Gesetz von Verpflichtungen aus dem Darlehen handelt, Verpflichtungen nach Hingabe bezw. Wertübertragung gemeint sind; was vorher liegt, nennt das Gesetz Verpflichtung, „Versprechen" zur Hingabe eines Darlehens. § 610 schliesst zwar die schon ohnedies[30]) gegebene Verbindlichkeit eines Dar-

[28]) Schlossmann a. a. O. S. 71.

[29]) Stintzing die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse Jena 1903.

[30]) Nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts.

lehensversprechens ein, stellt aber für diesen Fall keineswegs andere von den Voraussetzungen des § 607 verschiedene Grundsätze für die Entstehung der Rückgabeverbindlichkeiten auf. Im Gegenteil! Abgesehen von dem Inhalt zeigt uns schon die Stellung des § 610 am Ende des V. Titels, dass es sich hier lediglich um eine Ergänzung der Bestimmungen über das in den vorhergehenden §§ geregelte Darlehen, nicht aber um einen davon verschiedenen Darlehens-Vertrag handelt. Unser Gesetzgeber wollte ja auch bewusst den Kodifikationen folgen,[31]) welche die Rückgabeverbindlichkeit nicht aus dem Vertrag auf Hingabe eines Darlehens folgern, die vor der Hingabe des Darlehens die Rückgabeverbindlichkeit weder bedingt, noch als in der Schwebe annehmen und damit das Darlehen als Realkontrakt geregelt haben. Das B. G. B. wollte und hat hier keinen Unterschied gemacht zwischen Darlehensvertrag mit und ohne vorausgehende Bindung zum Vertragsabschluss.

Dass das B. G. B. tatsächlich das Darlehen — auch dasjenige mit vorausgehender Bindung — als Realkontrakt geregelt hat, erkennen wir am besten, wenn wir eine Kodifikation zum Vergleich heranziehen, die das Darlehen als Konsensualkontrakt regelt. Eine solche Kodifikation bietet das neue schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911. Dort ist in § 312 der Begriff des Darlehensvertrags, wie folgt, festgestellt: „Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Uebertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an einer andern vertretbaren Sache, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte."

Ins Auge fällt hier vor allem, dass der Darlehensvertrag als ein Vertrag mit zwei Verpflichtungen aufgefasst ist: einer Verpflichtung zur Hingabe und einer Verpflichtung zur Rückerstattung, welche beiden Verbindlichkeiten in einem Vertragsabschluss übernommen werden, während nach der ausdrücklichen Regelung des § 607 B. G. B. die Rückgabeverpflichtung erst mit Empfangnahme der Summe Geldes etc. entsteht, im Gegensatz zur Hingabever-

[31]) Vergl. Mugdan a. a. O. S. 170.

pflichtung (vergl. § 610), deren Entstehung vorausgeht. Damit lässt unser Gesetz im Unterschied zu der Schweizer Kodifikation die Verpflichtung der Hingabe und Rückgabe zu verschiedenen Zeitpunkten zustande kommen. Abgesehen davon, dass nun die Rückgabe die der Darlehenscausa entsprechende Verpflichtung ist, zeigt auch die ganze Fassung unseres Gesetzes, dass dieses die Verpflichtung zur Darlehenshingabe nicht als die typische Darlehensverpflichtung auffasst.

Das schweizerische Gesetz hat zwar einerseits im Gegensatz zu unserm B. G. B. eine präzise Begriffsbestimmung gegeben und unzweideutig Stellung genommen; aber es fragt sich doch, ob die von den bisherigen Kodifikationen abweichende Regelung inhaltlich zu begrüssen ist. Der Darlehensvertrag wird hier als ein Konsensualkontrakt mit gegenseitigen Verpflichtungen dargestellt und der Verpflichtung der Darlehenshingabe die Verpflichtung der Darlehensrückgabe gegenüber gestellt. Die Gegenüberstellung dieser beiden Verpflichtungen in synallagmatischem Verhältnis[32]) ist nicht neu, sie findet sich vor allem bereits bei Kohler und Schlossmann.

Wenn wir den Tatbestand, wie er beim Darlehen mit vorausgehender Bindung gegeben ist, ohne Rücksicht auf Real- oder Konsensualkontraktsauffassung vom Darlehen betrachten, so vermissen wir die Gegenseitigkeitsbeziehung zwischen Hin- und Rückgabeversprechen. Um einen Vertrag zu einem gegenseitigen Konsensualkontrakt zu machen, genügt nicht die Beiderseitigkeit der übernommenen Verpflichtungen, vielmehr müssen die Leistungen zwar nicht nach ihrem objektiven Verhältnis, wohl aber subjektiv einen Ausgleich, ein Aequivalent darstellen.[33]) Die beiden Verpflichtungen der Hingabe und Rückgabe sind aber niemals als Aequivalentleistung g e w o l l t.[34]) Denn niemals verspricht im wirtschaftlichen Leben der Kreditgeber die Darlehenshingabe, um als Aequivalent das Rückgabeversprechen zu erhalten. Ganz richtig wird von Hohenstein (S. 122

[32]) Man beachte in der Definition des § 312 vor allem das Wörtchen: „dagegen".

[33]) Vergl. Oertmann a. a. O. vor 320 c. c.

[34]) A. a. Lenel, Archiv für civil. Praxis Bd. 74, S. 232.

a. a. O.) angeführt, dass der Kreditgeber bei Verfolgung eines solchen Zweckes am praktischsten das Darlehen überhaupt nicht hingeben würde. Der Leihzweck äussert sich tatsächlich darin, dass zwischen Hingabe und Rückgabe notwendig eine Spanne Zeit liegt. Infolgedessen kann die Rückgabe niemals die ursprünglich vereinbarte Aequivalentleistung im Verhältnis zur Hingabe sein, sondern die Rückgabeverbindlichkeit kann nur insofern juristisch den Verkehrszweck des Darlehens zum Ausdruck bringen, als sie erst mit und durch die Uebertragung des Eigentums entsteht und in ihrer Geltendmachung gesetzlich oder vertraglich zeitweise suspendiert ist.

Von Hohenstein und einigen andern wird zwar zugegeben, dass zwischen Hin- und Rückgabe keinerlei Gegenseitigkeitsbeziehung bestehe; zugleich wird aber behauptet, dass das verzinsliche Darlehen insoweit ein gegenseitiger Vertrag sei, als „das Zinsversprechen zu der Leistungspflicht des Kreditgebers in dem Verhältnis gegenseitiger Zweckbeziehung und Aequivalentswertung stehe.“[39]) Dieser Auffassung Hohensteins liegt die Ansicht zu Grunde, die Leistung des Kreditgebers bestehe tatsächlich und sogar juristisch nicht allein in der Eigentumsverschaffung, sondern auch in der Pflicht, den Empfänger im Genusse des gegebenen Kapitals zu belassen. Indes gibt es neben der Pflicht zur Eigentumsübertragung keine Pflicht des Darlehensgebers zur Kapitalsbelassung.[40]) Dass aber für die Darlehenshingabe Gegenleistung die Zinszahlung sei, behauptet auch Hohenstein nicht. Er sagt zwar, die Zahlung der Zinsen würde versprochen, um das Kapital zu erhalten, aber die Zinsen selbst fasst er als Aequivalent der Gewährung der Nutzung auf. Da indes, wie oben dargelegt, neben der Uebertragung des Eigentums eine besondere rechtliche Pflicht zur Gewährung der Nutzung nicht besteht, ist das Darlehen auch in diesem Sinne kein gegenseitiger Vertrag.

Von ähnlichen Prämissen wie Hohenstein geht Höniger[41]) aus. Seite 225 seiner Abhandlung sagt er: „Die ge-

[39]) Hohenstein a. a. O. S. 124.

[40]) Vergl S. 31 ff. uns. Ausf.

[41]) Höniger: Zum „Vereinbarungsdarlehen“ Archiv für B. Recht Bd. 33.

samte Darlehensleistung, Hingabe sowie die weitere Ueberlassung des Kapitals, steht von vornherein in dem von den Parteien gewollten synallagmatischen Zusammenhang mit der vereinbarten Entgeltleistung." Im Einzelnen sucht Höniger an Hand von Kombinationsverträgen nachzuweisen, dass bei diesen Verträgen das Darlehen nicht als Realkontrakt, sondern als synallagmatischer Konsensualkontrakt zustande komme. Dabei stellt er der Leistung des Kreditnehmers, die hier statt in Zinsen in Ueberlassung einer Mietwohnung u. a. bestehe, als äquivalente Leistung Darlehenshingabe und Belassung des Kapitals gegenüber. Wie bereits ausgeführt, mag es der wirtschaftlichen Bedeutung des Darlehens in seiner Gesamtwirkung entsprechen, dass dem Darlehen die Ueberlassung einer Mietwohnung oder eines wertgleichen anderen Gegenstandes als Aequivalent gegenüber gestellt wird; die Hingabe des Darlehens, die Eigentumsverschaffung bedeutet, kann indes nie als äquivalente Einzelleistung gegenüber der mietweisen Ueberlassung einer Wohnung angesehen werden. Lediglich die wirtschaftliche Zweckbestimmung, nicht die juristische Struktur des Darlehens berücksichtigt Höniger, wenn er (S. 284 oben) sagt: Der Kreditnehmer will jetzt das Darlehen haben, das anstatt des Mietzinses geschuldet wird. Dadurch dass zwei Verträge, beispielsweise ein Mietvertrag und ein Darlehensvertrag in ihrem wirtschaftlichen Gesamteffekte sich gegenübertreten, wird die juristische Struktur jedes einzelnen Vertrags nicht berührt. Der wirtschaftliche Zusammenhang der beiden Verträge wird juristisch auf einfachere Weise erreicht, als durch Zusammenziehung zweier Einzelverträge in einen einzigen: Im Zusammenhang mit dem Darlehensvorvertrag, der allein schon bindet, wird ein besonderer Vertrag abgeschlossen, durch den die Entgeltleistung des Kreditnehmers — nicht für die Darlehenshingabe — wohl aber für die „zeitweise Suspension des Rückforderungsanspruchs" vereinbart wird. Wenn im Einzelnen diese Leistung des Kreditnehmers aus besonderen Gründen bereits vor Zustandekommen des Darlehens gewährt wird, so wird dadurch das Wesen dieser Leistung grundsätzlich nicht geändert; niemals ist diese Lei-

stung eine Gegen- bezw. Vorleistung zur Darlehenshingabe.[42]) So erscheint denn das Darlehen niemals auch bei Abwägung aller in Betracht kommenden Verpflichtungen als gegenseitiger Vertrag; vor allem steht der Verpflichtung zur Darlehenshingabe die Verpflichtung zur Rückgabe nicht synallagmatisch gegenüber. Damit ist die Entstehung des Hingabeanspruchs nicht logisches Erfordernis für die gleichzeitige Entstehung des Rückforderungsanspruchs. Bei Untersuchung der Frage, ob das Darlehen Konsensualkontrakt sei, kommt aber die Entstehung dieser letzteren Verpflichtung allein in Betracht.

Trotzdem und trotz der positiven Regelung in unserm B. G. B. könnten die Parteien — die Vorschriften des B. G. B. sind nur dispositiv — mit dem Versprechen der Hingabe auch zugleich die Rückgabe vereinbaren. Es fragt sich daher, ob dies der Verkehrsauffassung entspricht, oder ob die Auffassung dahin geht, dass die Verpflichtung zur Rückgabe erst mit erfolgter Hingabe übernommen wird.

Darlehen mit vorausgehender Bindung zur Darlehenshingabe. Die getroffene bindende Vereinbarung geht hier dahin, dass sich der Darlehensgeber bindet, dem Darlehensnehmer auf dessen Verlangen zu einem bestimmten Termine eine bestimmte Summe Geldes darlehensweise zu übergeben. Für diese einseitige Verpflichtung des Darlehensgebers können die verschiedensten Gründe massgebend sein. Es können mit tatsächlich erfolgter Darlehenshingabe wirtschaftliche Vorteile verbunden, es können auch ideale Beweggründe massgebend sein, es kann sich um verzinsliche und unverzinsliche Darlehen handeln.

Rechtlich betrachtet ist hier eine einzige Verpflichtung entstanden, die Verpflichtung zur Hingabe. Eine andere Verpflichtung wollen die Parteien nicht begründen. Sie sind sich zwar darüber einig, welche Bedeutung diese Hingabe, wenn sie tatsächlich erfolgt, haben soll; sie ver-

[42]) Der Einwand Hönigers gegen die Realkontraktstheorie, dass die Bestimmungen des konsensualen Darlehensversprechens in den Darlehensrealvertrag wieder aufgenommen werden müssten, ist an anderer Stelle widerlegt.

einbaren eben die Hingabe nicht als eine gewöhnliche Leistung, sondern als eine Verbindlichkeit des Darlehensgebers auf das dem Darlehensvertrag entsprechende Mitwirken zum Vertragsabschluss.

Es ist trotzdem behauptet worden, die Verbindlichkeiten des Darlehensnehmers seien in dem Darlehensversprechen schon b e d i n g t eingegangen. Wenn die Parteien die Verpflichtung des Darlehensgebers zur Hingabe vereinbaren, so entspricht diese Vereinbarung zugleich dem tatsächlich von den Parteien gewollten Erfolge. Zweck dieser Vereinbarung ist uneingeschränkt der, den Darlehensgeber zur Hingabe zu verpflichten. Jeder andere Zweck, vor allem der Leihzweck, würde und wird auch durch causale Hingabe erreicht. Wenn nun die Hingabe lediglich Bedingung der Rückgabeverpflichtung wäre, so läge hier eine Vereinbarung vor, eingegangen zu dem Zwecke, den Eintritt der Bedingung herbeizuführen, während die bedingte Verpflichtung zwar als Folge der eingetretenen Bedingung gewollt wäre, niemals aber als selbständige zweckgemässe Verpflichtung. Die Verpflichtung zur Rückleistung ist zur Zeit der Entstehung der Verpflichtung des Darlehensgebers nicht als eine von diesem Augenblick an bestehende gewollt, sie soll erst entstehen, nachdem die Hingabe bewirkt ist, so nach positiver Vorschrift im § 607 B. G. B., so nach der Verkehrsauffassung. Auch nach erfolgter Hingabe besteht nicht die Auffassung, als sei die Verpflichtung zur Rückleistung schon mit der Verpflichtung zur Hingabe eingegangen worden, wie es der Fall sein müsste, wenn tatsächlich die Hingabe nur eine Bedingung der Entstehung der Rückforderung wäre.

Uebrigens kommt auch Schäfer,[43]) der in sonstigen Fällen die eben abgelehnte Auffassung teilt, zu dem Ergebnis, dass die Hingabe tatsächlich in unserm speziellen Fall der einseitigen Verpflichtung zur Darlehenshingabe doch keine wirkliche Bedingung sei, da der Eintritt der Bedingung hier von dem Willen des zu Verpflichtenden abhänge, dass es sich also um eine Verpflichtung, si volet, nicht aber um eine ernstliche Verpflichtung handle.

[43]) Schäfer a. a. O. S. 31 ff.

Von Adler,[44]) Lübbert[45]) u. A. ist gleichfalls diese Auffassung, die Rückleistungspflicht sei als eine bedingte schon durch die besprochene Vereinbarung eingegangen, abgelehnt worden. Sie haben demgegenüber geltend gemacht, der Rückgabeanspruch sei nach der getroffenen vorerwähnten Vereinbarung „in der Schwebe".[46]) Diese Ansicht geht davon aus, dass der Konsens, das eine Qualitätserfordernis zur Entstehung des Rückgabeanspruchs, bereits vorhanden sei und dass bis zur erfolgten Hingabe, mit der der Anspruch auf Rückleistung perfekt werde, ein Zwischenzustand geschaffen sei.

Auch wir sind der Ansicht, dass das konsensuale Element bereits im Augenblick des Darlehensversprechens gegeben ist. Aber wir teilen nicht die Auffassung, dass dadurch ein Schwebezustand der Darlehensverpflichtung herbeigeführt werde. Denn durch diesen Konsens wird überhaupt keine Darlehensverpflichtung begründet: Die Uebereinstimmung besteht lediglich darin, dass vereinbart wird, die reale Empfangnahme oder Wertübertragung bedeute die Uebernahme der Darlehensverpflichtung. Dabei hat die Tradition nicht die Bedeutung einer Form, sondern eines materiellen Erfordernisses: es handelt sich nicht um den Schwebezustand einer Verpflichtung, sondern um den Schwebezustand der Entstehung einer Verpflichtung. Wenn die jetzt übernommene Verpflichtung der Darlehenshingabe realisiert wird, soll diese Realisierung die Darlehensverpflichtung zur Entstehung bringen. Dabei soll die Realisierung Grund der Entstehung der Darlehensverpflichtung sein, nicht aber Bedingung oder Erfordernis für deren Weiterbestehen.

Dass die Darlehensverpflichtung erst mit der Hingabe wirklich zustande kommt, muss auch Lübbert zugeben,[47]) wenn er trotzdem eine Verpflichtung, die noch nicht entstanden ist,[48]) als Nichtleistungspflicht eines ge-

[44]) Adler a. a. O. S. 203 ff.

[45]) Lübbert a. a. O. S. 359.

[46]) So Adler (202) und inhaltlich gleichbedeutend Lübbert (S. 359).

[47]) Lübbert a. a. O. S. 359.

[48]) und die u. E. auch nicht wirtschaftlich die Gegenl. des Hingabeverspr. ist (S. uns. Ausf.)

genseitigen Vertrags betrachtet und nicht aus einem besonderen Vertragsabschluss entstehen lässt, so ist dies nur eine Folge seiner schon erwähnten irrtümlichen Auffassung vom Wesen der gegenseitigen Verträge. Nachleistungs- und Vorleistungspflicht beim gegenseitigen Vertrag müssen zugleich eingegangen werden, die Nachleistung kann nur mit dem Einwand verweigert werden, dass die Vorleistung noch nicht erfolgt sei; die Darlehensrückgabe aber — ohne erfolgte Hingabe — kann mit der Begründung verweigert werden, dass eine Pflicht hierzu überhaupt noch nicht entstanden sei. Nicht der Darlehensnehmer hat zu beweisen, dass die Hingabe nicht erfolgt sei, sondern der Darlehensgeber hat zu beweisen, dass die Hingabe erfolgt sei, wenn er die Rückgabe verlangt. Nur eine solche Verteilung der Beweislast entspricht der Auslegung der verkehrsüblichen Vereinbarung.

Gerade der hier erörterte Fall der einseitigen Verpflichtung zur Darlehenshingabe beweist noch speziell, dass die Rückgabepflicht in keiner Weise vor der realen Hingabe begründet ist, also auch nicht im Schwebezustande: Denn der Darlehensnehmer behält sich doch gerade hier vor, ob er einen Darlehensvertrag tatsächlich abschliessen will; eine Entstehung seiner Verpflichtungen hängt von seinem Willen ab, eine Verpflichtung ist also keineswegs gegeben, auch nicht eine in der Schwebe befindliche.

Auch Kohler[49]) gibt zu, dass es der Entscheidung des Geldnehmers überlassen bleibe, ob ein aktuelles Darlehensverhältnis entstehen soll, hält aber die Behauptung, dass trotzdem ein gegenseitiger Vertrag vorliege, dadurch aufrecht, dass er sagt: Wenn sich der Geldnehmer für Aktualität entschieden habe, so habe der Kapitalist das Geld hinzugeben und nach der Hingabe der Leihe entsprechend zu restituieren. Kohler scheint uns hierbei zu übersehen, dass die Verpflichtungen zur Hingabe und Rückgabe zu ganz verschiedenen Zeitpunkten entstehen, dass die „Aktualität" die Erfüllung der einen und die Entstehung der andern Verpflichtung bedeutet und so identisch mit dem Darlehensvertragsabschluss ist, während die Verpflichtung auf Hingabe aus einem vorausgehenden Vertrage resultiert.

[49]) Kohler im Archiv f. b. Recht Bd. II S. 221.

Dieser vorausgehende Vertrag wird in der Literatur Darlehensvorvertrag genannt. Er ist, wie oben erwähnt, dann ein einseitiger, wenn nur der Darlehensgeber zur Hingabe, nicht aber der Darlehensnehmer zur Annahme gebunden wird. Die Verbindlichkeit des Darlehensgebers geht auf Auszahlung einer Summe als Darlehen, also auf Mitwirkung zum Darlehensvertragsabschluss. Der Darlehensnehmer übernimmt keinerlei Verpflichtung, auch keine Zinsverpflichtung; denn auch diese soll erst eine Folge der Darlehenshingabe sein, ein Entgelt nicht für das Versprechen der Hingabe, sondern für den tatsächlichen Gebrauch der geliehenen Summe. Wenn die Zinsen auch nicht notwendiges Erfordernis oder gar Verkehrszweck des Darlehens sind, so sind sie doch eine dem Darlehen eigentümliche Verpflichtung und werden — allerdings kraft besonderer Vereinbarung — als Entgelt für die „zeitweise Suspension des Rückforderungsanspruchs“ vereinbart.

Nur im Falle der Krediteinräumung hat das Zinsversprechen oft eine andere Bedeutung. Hier wird einerseits die Hingabe eines Darlehens nach Belieben des Darlehensnehmers, andererseits werden Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt an versprochen, auch ohne dass tatsächlich darlehensweise Hingabe der Valuta erfolgte. Das Zinsversprechen ist hier Aequivalent für die gewährte Möglichkeit, Geld darlehensweise zu entnehmen, aber auch hier nicht Gegenleistung für das Versprechen der Hingabe; der Zinsvertrag läuft auch hier neben dem eigentlichen Darlehensvorvertrag her, durch den sich der Darlehensgeber zur tatsächlichen Hingabe verpflichtet.

Die Auffassung, dass der Vorvertrag, durch den lediglich der Darlehensgeber gebunden wird, in keiner Weise ein gegenseitiger sei, haben wohl auch die Verfasser des B. G. B. geteilt. Wenngleich § 610 und § 321 nicht vollkommen das Gleiche bestimmen, so hätte doch kein Bedürfnis bestanden, eine Sonderbestimmung, wie sie § 610 enthält, zu treffen, wenn § 321 in den betreffenden Fällen anwendbar wäre. Denn wirtschaftlich wird es wohl auf das Gleiche hinauskommen, ob ich die Befugnis habe, die Auszahlung eines Darlehens zu verweigern (§ 321) oder ob ich mein Darlehensversprechen widerrufen kann (§ 610).

Darlehen mit vorausgehender Bindung zur Hingabe und Annahme. Vereinbarungen, durch die lediglich der Darlehensnehmer zur Annahme verpflichtet wird, kommen, wie erwähnt, selten und dann gewöhnlich nur als „gemischte Verträge" im Zusammenhang mit andern Vereinbarungen vor. So erwähnt Planck[50]) als Beispiel, dass sich der Darlehensgeber verpflichtet, die Spareinlagen seiner Arbeiter als verzinsliche Darlehen anzunehmen. Ein solcher Vertrag wird dann gemeinsam und im Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag abgeschlossen.

Im Leben am häufigsten werden indes die Verträge vorkommen, durch die beide vertragsschliessenden Teile gebunden werden — der Eine zur Hingabe, der Andere zur Annahme. Beide Vertragsteile wollen zu dem dem Darlehensvertrag entsprechenden Mitwirken zum Vertragsabschluss verpflichtet sein. Die Verpflichtung des Darlehensnehmers wird auch dann grundsätzlich nicht geändert, wenn die Vereinbarung dahin geht, dass im Falle der Verweigerung der Annahme der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber zum Schadenersatz verpflichtet sei. Eine solche Vereinbarung bezieht sich lediglich auf die Geltendmachung der Ansprüche des Darlehensgebers, nicht auf ihre grundsätzliche Natur. Betrachten wir nur einen der wichtigsten praktischen Fälle, in denen eine solche Vereinbarung tatsächlich eingegangen wird: Die Verträge, durch die sich unsere Hypothekeninstitute zur Darlehenshingabe verpflichten, enthalten des Oefteren die Bestimmung, dass im Falle der Verweigerung der Annahme der Valuta (diese äussert sich praktisch in der Verweigerung der Unterschrift vor dem Notar, durch die die Eintragung ins Grundbuch bewilligt wird) der Darlehensnehmer einen bestimmt fixierten Schadensersatz zu leisten hat. Es ist hier nicht so, als ob der Verpflichtung zur Hingabe eine etwaige Schadensersatzverpflichtung gegenüber stände; diese letztere Verpflichtung, wenn bestimmt fixiert, hat vielmehr den Charakter einer Vertragsstrafe (gemäss § 340 B. G. B.); die

[50]) Planck B. G. B. Bd. II S. 544.

grundsätzliche Verpflichtung ist auch hier die Verpflichtung zur Darlehensabnahme.

Es ist schon behauptet worden, wenngleich die Verpflichtung zur Hingabe noch nicht die Darlehensrückgabepflicht begründe, so sei doch mit der Verpflichtung zur Darlehensannahme auch die Verpflichtung zur Rückgabe schon gegeben.[51]) Indessen sprechen die gleichen Gründe, die der Annahme, dass beim Darlehen mit vorausgehender Bindung zur Hingabe die Rückgabeverpflichtung als Nachleistungspflicht bereits bedingt oder in der Schwebe vorhanden sei, widerstreiten, im Grossen und Ganzen auch hier gegen eine solche Auffassung und die früheren Ausführungen, in denen bewiesen wurde, dass die Rückgabeverpflichtung vor der Hingabe in keiner Weise begründet sei, gelten auch hier. Die Rückgabepflicht entspringt auch hier erst dem Darlehensvertragsabschluss, der mit Empfangnahme der Darlehenssumme betätigt wird.

Es bleibt uns jetzt noch zu untersuchen, ob der dem Darlehen vorausgehende Vorvertrag auf Hingabe und Annahme des Darlehens ein gegenseitiger Vertrag ist.

Dieser Darlehensvorvertrag ist schon aus verschiedenen Gesichtspunkten als gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 bis 327 B. G. B. erachtet worden. Während Planck (Kommentar zu § 610) entschieden bestreitet, dass der Vorvertrag beim Darlehen die Natur eines gegenseitigen Vertrags haben könne, nimmt andererseits das Reichsgericht und ebenso Endemann[52]) an, dass dies möglich sei.

Die Möglichkeit der Gegenseitigkeit des Darlehensvorvertrags nimmt das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung immer dann an, wenn Gewährung eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek seitens des andern vertragsschliessenden Teiles versprochen ist.[53]) Und zwar sei der Vorvertrag regelmässig dann ein gegenseitiger, wenn

[51]) S. Schäfer a. a. O. S. 37 ff.

[52]) Einführung in das Studium des B. G. B. zu § 106 Anm. 9 und § 184,4 S. 837.

[53]) Vergl. R. E. vom 29. März 1909, abgedruckt in der „Jur. Wochenschrift" 1909 S. 309. 4 und Gruchot Bd. 53 1909 No 43; R. E. von 24. April 1907, abgedruckt im „Recht" 696 S. 418.

die Hingabe eines Darlehens wirtschaftlich als Kapitalanlage, rechtlich als Kauf einer Hypothek erscheine, wie dies bei den Darlehen unserer grossen Bankinstitute gewöhnlich der Fall sei.

Dagegen hat Oertmann[54]) eingewandt, dass die beiderseitigen Verpflichtungen beim Darlehensvorvertrag mit Hypothekbestellung notwendig sukzessive entstehen müssten, sodass kein genetisches Synallagma gegeben sei. Selbst die antizipativ bestellte Hypothek stehe ja zunächst dem Eigentümer gemäss § 1163 B. G. B. zu.

Die Auffassung des Reichsgerichts lässt sich u. E. nicht halten, wenngleich sie manches Bestechende für sich hat: Vor allem spricht für die Auffassung des Reichsgerichts, dass der letzterwähnte Fall der antizipativ bestellten Hypothek in der Praxis die Regel bildet und auch ein gutgläubiger Dritter, wenn auch dem Eigentümer gemäss § 1163 B. G. B. die Hypothek zunächst zusteht, im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs die Hypothek — wenigstens im Falle der Buchhypothek — vor der Darlehenshingabe mit Gültigkeit gegen den Eigentümer von dem Darlehensgeber erwerben kann. Aber eine Leistung an den Darlehensgeber liegt mit der Hypothekbestellung nicht vor und zu einer Leistung, bestehend in Hypothekbestellung entstand auch durch den Vorvertrag keine Verpflichtung. Erst durch die Hingabe des Darlehens entsteht die Verpflichtung zur Hypothekeinräumung. Dies ist vom Standpunkt der Realkontraktstheorie ganz selbstverständlich: Die Hypothek bedeutet Sicherheit für den Rückforderungsanspruch; ehe aber ein Rückforderungsanspruch gegeben ist, kann natürlich keine Verpflichtung zur Sicherung eines solchen gegeben sein. Infolgedessen ist entgegen der Ansicht des Reichsgerichts der oben zitierten Gegenmeinung beizustimmen, dass die Bestellung einer Hypothek nicht die eine Verpflichtung eines genetischen Synallagmas sein könne, dessen andere Seite die Hingabeverpflichtung sei.

Es fragt sich aber, ob nicht andere Umstände den Darlehensvorvertrag zu einem gegenseitigen machen können.

[54]) A. a. O. vor § 320 3 c.

Endemann und ebenso Regelsberger betrachten als die gegenseitigen Verpflichtungen Geben und Nehmen des Darlehens.

Diese beiden Verpflichtungen werden durch den Vorvertrag de mutuando in der Weise übernommen, dass die eine nur mit Rücksicht auf die andere entsteht. Ein genetisches Synallagma liegt also vor und zwar in der Weise, dass der Darlehensgeber zur Vorleistung gegen sofortige Nachleistung (Zug um Zug) des Darlehensnehmers verpflichtet ist, die in dem Mitwirken zum Vertragsschlusse durch Nehmen des Geldes besteht: Die Verpflichtung zur Hingabe wird in diesen Fällen nicht ohne die Verpflichtung zur Annahme eingegangen. Die Verpflichtung zur Annahme aber ist eine Pflicht zur Leistung, eine Pflicht zum Abschlusse des Darlehensvertrags. Wie wäre sonst die Pflicht zur Annahme dann zu charakterisieren, wenn keine Pflicht zur Hingabe besteht? In Gläubigerverzug könnte doch dann der Darlehensnehmer nicht kommen, da ihm keiner etwas schuldet. Er allein schuldet dann die Leistung des Vertragsabschlusses.

In unserm Falle der beiderseitigen Verpflichtungen kann aber der eine Anspruch auch nicht ohne Rücksicht auf den andern geltend gemacht werden; damit will ich zwar nicht Stellung nehmen zu der Streitfrage, ob nur ein Anspruch auf „Austausch" der beiderseitigen Leistungen oder ob ein jeder auf die ihm versprochene Leistung Anspruch hat und der Gegner seinen Anspruch nur zu einer Einrede verwenden kann, ich will lediglich feststellen, dass die beiderseitigen Verpflichtungen nicht allein in einem genetischen, sondern auch in einem funktionellen Synallagma zu einander stehen: Es wird keine Hingabe ohne Bereitschaft zur Annahme und keine Annahme ohne vorheriges Angebot verlangt werden können, da ja hier unzweifelhaft Vorleistungspflicht angenommen werden muss.

Auch äquivalent sind u. E. die gegenseitigen Verpflichtungen. Die Gleichwertigkeit besteht entsprechend der hier vertretenen subjektiven Theorie[55]) darin, dass die

[55]) Ueber die verschiedenen Theorien vergl. Oertmann a. a. O. vor 320 2 c.

beiden Parteien den Willen haben, für ihre Leistung von der andern Seite ein Aequivalent zu erhalten: Beide Parteien versprechen den Abschluss des Darlehensvertrags, jede, weil sie will, dass die andere Partei eine gleichwertige Verpflichtung übernehmen soll. Es wird zugegeben, dass man darüber verschiedener Meinung sein kann, ob der Darlehensgeber im einzelnen Falle die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Annahme als die der seinen äquivalente Verpflichtung will; aber wenn wir bedenken, dass der Darlehensgeber mit der Hingabe, die doch, wirtschaftlich betrachtet, nur Gebrauchsüberlassung ist, sich in der Regel eine zinstragende Kapitalanlage verschaffen will, so können u. E. die beiden Verpflichtungen aus dem Vorvertrag ganz allgemein ohne Skrupel als äquivalent aufgefasst werden und damit der Vorvertrag als gegenseitiger Vertrag.

§ 7. Ergebnis.

Am Ende unserer Ausführungen über die Konstruktion von Darlehen und Darlehensvorvertrag angelangt, sei hier noch einmal in aller Kürze das Ergebnis der bisherigen Erörterungen wiedergegeben:

Der Darlehensvertrag ist ein einseitiger Vertrag, dessen grundsätzliche Verpflichtung die Rückgabe ist. Der Vertragsabschluss erfordert zwei Momente: Einigung und Hingabe, wobei indes die Einigung nur Bedeutung im Falle der Hingabe hat, mit der der eigentliche Vertragsabschluss zustande kommt. Die Einigung kennzeichnet lediglich die tatsächlich erfolgte Tradition als Darlehensvertragsabschluss. Der Darlehensvertrag selbst ist Realkontrakt, der mit der Hingabe zustande kommt.

Das „Darlehensgeschäft" zerfällt oft in zwei Verträge: den eigentlichen Darlehensvertrag und einen Vorvertrag mit Inhalt gemäss der jeweiligen Parteivereinbarung. Letztere wird nach richtiger Interpretation in den Fällen des Grossverkehrs bei gleichzeitiger Kapitalanlage zur Hingabe und Annahme verpflichten, welche beiden Verpflichtungen diesen Vertrag zu einem gegenseitigen

machen, während der Darlehensvertrag selbst immer ein einseitiger bleibt.

Mit diesem Ergebnis steht die vorliegende Arbeit grundsätzlich im Einklang mit der in den meisten grossen Kommentaren vertretenen Auffassung und mit der Auffassung des Reichgerichts, im Widerspruch dagegen mit fast allen Einzelbearbeitungen im letzten Jahrzehnt.

Kapitel III.

§ 8. Zweck und Inhalt der noch folgenden Erörterungen.

Haben sich die vorausgehenden Darlegungen mit der Konstruktionsfrage befasst, so sollen in den folgenden Paragraphen in aller Kürze die praktischen Konsequenzen gezogen werden, die sich aus unserer Auffassung ergeben, und in Gegensatz gestellt werden zu den praktischen Ergebnissen, die aus der Gegenmeinung zu folgern sind.

Ein Ueberblick hierüber erscheint vor allem deswegen am Platze, weil Kohler in seiner Abhandlung im Archiv für bürgerliches Recht 1909: Das Vereinbarungsdarlehen, behauptet hat, die Realkontraktstheorie würde im Gegensatz zur Konsensualkontraktstheorie zu schiefen Ergebnissen führen.[1])

§ 9. Der Anspruch auf Hingabe des Darlehens.

Nach der Konsensualkontraktstheorie liegt hier ein Anspruch auf eine blosse Sachleistung vor, die sich als Vorleistungspflicht eines gegenseitigen Vertrages darstellt, während nach der Realkontraktstheorie die Verpflichtung des Darlehensgebers als ein Anspruch des Entleihers zum Abschluss des Darlehensrealkontraktes erscheint.

Darüber, ob die Darlehenshingabe direkt erzwungen werden kann, bestehen Meinungsverschiedenheiten, doch spielt hierbei der Gegensatz in der Konstruktionsauffassung keine Rolle. Die direkte Erzwingbarkeit der Darlehenshingabe wird heute noch vereinzelt[2]) geleugnet und

[1]) Einen Anspruch auf Vollständigkeit im Einzelnen machen die folgenden Ausführungen ihrem Zwecke entsprechend selbstverständlich nicht.

[2]) Dernburg und Regelsberger a. a. O. S. 424. 25.

statt dessen ein Anspruch auf das Interesse gegeben mit der Begründung, dass die Parteivereinbarung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin ausgelegt werden müsse.[3]) U. E. ist eine solche Auslegung der Parteivereinbarung nicht am Platze, wenn wir 1. bedenken, dass heute fast alle hypothekarischen Darlehen (entsprechend dem Pfandbriefumlauf) auf 10 Jahre unkündbar sind und demgemäss die Erzwingbarkeit der Darlehenshingabe mangels der Möglichkeit sofortiger Rückforderung wohl einen Sinn hat, wenn wir 2. berücksichtigen, dass die Gelder vielfach zur Zahlung von Wechseln (ich denke hier vor allem an die Wechselschulden gegenüber den Bauhandwerkern) aufgenommen werden und dem Darlehensnehmer lediglich mit schleunigster Auszahlung der Valuta, nicht aber mit einem Schadensersatzanspruch gedient ist.

Wir werden infolgedessen gemäss § 241 B. G. B. eine Pflicht zur Auszahlung der Valuta und demgemäss einen Klageanspruch hierauf annehmen. Ob diese Klage indes auf Auszahlung der Darlehensvaluta oder auf Abschluss des Darlehensrealkontraktes gerichtet wird, ist praktisch ohne Belang. Auch durch eine Klage auf Auszahlung der Darlehensvaluta wird die Leistung als Mitwirkung zum Vertragsabschluss begehrt.

Wenn der Darlehensgeber seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, so gerät er in

Leistungsverzug.

Von Wichtigkeit ist es, ob auf diesen Verzug des Darlehensgebers die Bestimmungen über gegenseitige Verträge oder ob lediglich § 283/286 B. G. B. Anwendung finden. Die praktische Differenz besteht darin, dass nach § 326 B. G. B. der Darlehensnehmer, wenn er vom Vertrag wegen Verzugs des Gebers zurücktreten will, ohne Weiteres eine Frist setzen kann, nach deren Ablauf er vom Vertrag zurücktreten kann, während gemäss § 283 B. G. B. der Fristsetzung eine rechtskräftige Verurteilung auf Abschluss des Vertrags vorhergehen muss; während ausser-

[3]) Regelsberger kommt zu diesem Ergebnis auch noch durch extensive Interpretation von § 888 Abs. 2 C. P. O.

dem nach § 286 Abs. 2 B. G. B. der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung an den Nachweis geknüpft ist, dass die verspätete Erfüllung ohne Interesse ist, ist dieser Nachweis nach § 326 nicht erforderlich.

Nach der Konsensualkontraktstheorie werden die Bestimmungen über gegenseitige Verträge immer zur Anwendung zu kommen haben und dem Darlehensnehmer sind Mittel an die Hand gegeben, seine Ansprüche rasch zu verwirklichen.[4])

Aber auch nach der Realkontraktstheorie werden, wie wir oben[5]) gesehen haben, die Bestimmungen über gegenseitige Verträge zur Anwendung zu kommen haben, wenn es sich um Vereinbarungen handelt, durch die nicht nur der Darlehensgeber zur Hingabe, sondern auch der Darlehensnehmer zur Annahme verpflichtet wird — also in den meisten Fällen des Grossverkehrs, wenn es sich für den Darlehensgeber zugleich um eine Kapitalanlage handelt.[6])

In den Fällen, in denen lediglich ein pactum de mutuo dando vorliegt, also ein einseitiger Vorvertrag, wird aber auch praktisch tatsächlich kein Bedürfnis für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 326 bestehen. Ein Rücktrittsrecht für den Darlehensnehmer an und für sich erübrigt sich hier, da ja der Darlehensnehmer zur Annahme des Darlehens überhaupt nicht verpflichtet ist. Was aber den Schadensersatzanspruch anlangt, so ist es bei diesem einseitigen Vorvertrage nicht befremdend, dass der Darlehensnehmer, der doch im Vorvertrage, gleichviel wie wir auch die dort getroffenen Vereinbarungen konstruieren, unbestreitbar keine wirkliche Verpflichtung übernommen hat, nicht sofort das dreifache Wahlrecht des § 326 besitzt, sondern dass er, wenn er sofort Schadensersatz verlangen will, wie bei andern einseitigen Verträgen, gemäss § 286 Abs. 2 nachweisen muss, dass der Vertrag für ihn kein Interesse mehr hat.

---

[4]) Vergl. Kohler a. a. O. Bd. 33 S. 12, 13.

[5]) S. unsere Ausführungen.

[6]) Warum Regelsberger, der doch den Darlehensvorvertrag (S. 414) immer als einen gegenseitigen betrachtet, nicht daraus die Konsequenzen zieht und im Falle des Verzugs nicht die Ansprüche aus § 326, sondern aus § 283 (S. 425/26) gibt, ist mir unerfindlich.

Die Pflicht des Darlehensgebers zur Hingabe wird auch dann, wenn sie nicht als Vorleistungspflicht eines gegenseitigen Vertrags aufzufassen ist, nicht verschärft: Im Falle der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers hat beim einseitigen Vorvertrag der Darlehensgeber statt des Leistungsverweigerungsrechtes des § 321 das Widerrufsrecht des § 610 B. G. B. Es ist bereits oben erwähnt, dass die Bestimmung des § 610 vom Standpunkt der Konsensualkontraktstheorie praktisch überflüssig ist.

Zu ganz verschiedenen Resultaten führen die beiden Theorien u. E. in der Frage der

Aufrechnung.

Es ist ohne allen Zweifel, dass rechtspolitische Bedenken gegen die Aufrechnungsmöglichkeit der Darlehensschuld mit einer gewöhnlichen Geldforderung sprechen. Denn durch eine solche Aufrechnung würde der Leihzweck des Darlehens illusorisch gemacht. Wenn der eine Kontrahent heute erfahren würde, dass der andere, gegen den er eine Geldforderung hat und dem er ausserdem noch ein Darlehen versprochen hat, längst vor Abgabe dieses Versprechens in schlechte Vermögensverhältnisse geraten wäre, so könnte er durch Aufrechnung einen Erfolg erzielen, der über die Widerrufsmöglichkeit des § 610 hinausgeht.

Ausserdem ist dem Entleiher, der seine wirtschaftlichen Verhältnisse auf Empfang des Darlehens eingerichtet hat, nicht damit gedient, mit Befreiung von einer Schuld abgespeist zu werden.[7])

Vom Standpunkt der Realkontraktstheorie ist die Aufrechnung ausgeschlossen; denn Voraussetzung der Aufrechnung ist Gleichartigkeit der beiden Forderungen. Der Anspruch auf Erfüllung aus dem Vorvertrag aber ist nicht ein Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme schlechthin, sondern ein Anspruch auf Mitwirkung bei Begründung eines Darlehensvertrags. Im Verhältnis zu diesem Anspruch aber ist ein Geldanspruch niemals gleichartig.[8])

[7]) S. Regelsberger a a O. S. 416.

[8]) Vergl. Oertmann II Anm. 1 b zu § 387 und die dort zit. Entsch.

Das umgekehrte Ergebnis ergibt sich vom Standpunkt der Konsensualkontraktstheorie. Hier bedeutet die Darlehenshingabe eine gewöhnliche Leistung; der Zweck, einen Darlehensvertrag durch die Leistung abzuschliessen, fehlt hier, denn der Darlehensvertrag ist ja bereits abgeschlossen. Nur wenn eine besondere Vereinbarung getroffen wäre, dass das Geld in bar zu geben wäre, wäre eine Aufrechnungsmöglichkeit ausgeschlossen. Der Zweck, den der Geldnehmer mit Aufnahme des Darlehens verfolgt, spielt hier keine Rolle. Im Gegensatz zu Kohler[9]) nimmt auch Lübbert[10]) eine Kompensationsmöglichkeit an, behauptet aber, dass dieses Ergebnis nicht verkehrsfeindlich sei. Die Fälle, die er als Belege hiefür anführt, werden von der Praxis wohl als eine Schuldumwandlung im Sinne des § 607 Abs. 2 behandelt. Wenn z. B. eine Schuld von 1100 Mark besteht und 1000 Mark davon noch weiter als Darlehen belassen werden sollen, so wird ein Teilbetrag der Schuld von 1000 Mark in ein Darlehen umgewandelt und 100 Mark werden herausbezahlt. Eine Schuldumwandlung durch einseitige Aufrechnung eintreten zu lassen, dazu fehlt das Bedürfnis; ausserdem ist eine solche einseitige Schuldumwandlung durch § 607 Abs. 2 B. G. B. ausgeschlossen.

Praktisch zu einem gleichwertigen Ergebnis, wenn auch auf verschiedenem Wege und aus verschiedenen Gründen kommen die beiden Theorien in der Frage der

Abtretung.[11])

Es ist richtig, dass es oft ein Erfordernis des Verkehrs ist, dass der Darlehensnehmer, dem ein Darlehen versprochen ist, schon vor Auszahlung der Valuta über die Geldsumme, die ihm zur Verfügung gestellt werden soll, in ihn — den Darlehensnehmer — verbindlicher Weise verfügen kann. Feststehend ist es auch, dass hierdurch für den Geldgeber keinerlei Nachteile erwachsen dürfen. Es besteht demgemäss Uebereinstimmung, dass bei Auszahlung der

[9]) Kohler a. a. O. Bd. 33 S. 14.

[10]) Lübbert a. a. O. S. 376.

[11]) Vergl. Regelsberger a. a. O. S. 418, Kohler a. a. O. Bd. 33 S. 16; Oertmann a. a. O. § 399, Cohn Abtretung des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens, Greifswalde 1910.

Valuta an einen Dritten der ursprüngliche Kontrahent Darlehensschuldner werden muss. Aber aus gleichen Gründen dürfte es oft bedenklich sein, in Form einer Zession die Abtretung eines Anspruchs auf Darlehenshingabe zuzulassen, denn der Darlehensgeber will oft nur durch die Hingabe bestimmte Zwecke erreichen z. B. durch Baugelddarlehen Fertigstellung von Bauten herbeiführen, an denen er ein Interesse hat.

Nach der Konsensualkontraktstheorie kann der Anspruch auf Auszahlung der Valuta, wie jeder andere Geldanspruch zediert werden. Die Nichtabtretbarkeit von Baugelddarlehen etc. wird mit Bezugnahme auf § 399 B. G. B. begründet. Zur Rückleistung bleibt hingegen der ursprüngliche Kontrahent immer verpflichtet, da diese Verpflichtung nach dieser Auffassung bereits vor Hingabe begründet ist.[12])

Den gleichen Erfolg, dass der Zedent Schuldner, der Zessionar Empfänger der Valuta wird, erreichen die Anhänger der Realkontraktstheorie neuerdings[13]) dadurch, dass sie das Recht auf Summenzahlung von dem Anspruch auf rechtlichen Empfang des Darlehens trennen. Abgesehen davon, dass ein solches nacktes Recht auf Summenzahlung nicht besteht und infolgedessen auch nicht übertragen werden kann, wird der gleiche Erfolg dadurch erreicht, dass der Versprechensempfänger dem Darlehensempfänger eine unwiderrufliche Vollmacht oder Anweisung auf Empfang der Valuta erteilt.[14]) Hierdurch wird freilich der Darlehensgeber nicht dem „Zessionar" gegenüber verpflichtet, aber u. E. ist es nicht verkehrsfeindlich, wenn dem Darlehensgeber ev. der Beweis erspart bleibt, dass eine Leistung an einen andern als den Versprechensempfänger einen andern Inhalt hat, ein Beweis, zu dem er nach der Konsensualkontraktstheorie verpflichtet ist, wenn er die Nichtabtretbarkeit des Darlehens mit § 399 B. G. B. begründen will.

[12]) In Widerspruch mit § 607 B. G. B.

[13]) R. E. Bd. 66 S. 359 ff, R. E. Bd. 68 S. 355 ff.

[14]) Vergl. Oertmann a. a. O. § 399 1 a.

§ 10. Der Anspruch auf Annahme des Darlehens.[15])

Nach der Realkontraktstheorie steht in den meisten Fällen — im Zweifel immer dann, wenn es sich um eine Kapitalanlage handelt, — der Verpflichtung zur Hingabe eine Verpflichtung zur Annahme gegenüber. Meinungsverschiedenheiten bestehen auch hier[16]) darüber, ob aus dem Versprechen, ein Darlehen zu entnehmen, auf Erfüllung geklagt werden kann oder lediglich auf Schadensersatz.

Entsprechend der Regelung im allgemeinen preussischen Landrecht wird die Klagbarkeit dieses Anspruchs heute noch von Dernburg und Regelsberger bestritten. Das Hauptargument, das gegen etwaige Klagbarkeit spricht, ist das mangelnde Bedürfnis, das daraus gefolgert wird, dass tatsächlich solche Klagen in der Praxis nicht vorkommen. Indessen dürfte nach unserm geltenden Rechte eine Klage auf Erfüllung der tatsächlich übernommenen Pflicht zur Abnahme unbedingt zuzulassen sein.

Die Vollstreckung einer demgemäss ergehenden Verurteilung nach § 888 Abs. 1 Z. P. O. wäre an sich möglich, wird aber praktisch nicht vorkommen. Dem Darlehensgeber stehen auch noch andere Mittel zur Befriedigung seiner gerechten Ansprüche zur Verfügung:

Der Vertrag, durch den die Annahme vereinbart wird, ist fast ausschliesslich ein gegenseitiger[17]): Auch die Annahme stellt sich als Leistung dar (Mitwirkung beim Vertragsschluss). Infolgedessen gerät der Darlehensnehmer durch Verweigerung der Annahme auch in Leistungsverzug, nicht allein in Annahmeverzug.[18])

Da es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, kann der Darlehensgeber von dem in Leistungsverzug befindlichen Entleiher gemäss § 326 B. G. B. u. a. sofort Schadenersatz verlangen, abgesehen davon, dass dieser

[15]) Vergl. hiezu Oertmann a. a. O. § 610 b. Jäger: „Annahmeverzug beim Darlehensvorvertrag", Heidelberg 1910.

[16]) Ebenso wie bezüglich der Verpflichtung zur Darlehenshingabe.

[17]) Vergl. unsere Ausführungen.

[18]) Vergl auch R. E. Bd. 57 S. 403, wo es sich zwar nicht um einen Darlehensvorvertrag, aber um einen Vertrag auf An- bezw. Abnahme einer vertretbaren Sache handelt.

Schadenersatzanspruch als Konventionalstrafanspruch im Falle der Nichtannahme von den Parteien in vielen Fällen vereinbart ist.[19])

Aber wenngleich so der Darlehensgeber bei Verzug des Nehmers in der Regel sofort Schadensersatzansprüche geltend machen kann, so bleibt ihm immer doch grundsätzlich ein Klageanspruch auf Abnahme, der indes als Chikane gemäss § 226 B. G. B. dann abzuweisen sein wird, wenn der Darlehensnehmer sich zum Schadensersatz erboten, ev. vorher vertraglich verpflichtet hat.

Dieser Anspruch auf Schadensersatz dürfte in der Regel der Summe nach identisch sein mit dem, dem Darlehensgeber entstehenden Zinsverlust. Ein selbständiger Anspruch auf die Zinsen ist nach der Realkontraktstheorie noch nicht entstanden, kommt vielmehr erst mit der tatsächlichen „Perfektion" des Darlehensvertrags zustande. U. E. ist vom Standpunkt der Realkontraktstheorie ein solcher selbständiger Anspruch auf die Zinsen auch wohl zu entbehren. Denn der Darlehensgeber wird bei unseren heutigen Geldverhältnissen die Valuta nicht im Kasten liegen lassen, sondern zum wenigsten das Geld auf eine Sparkasse oder sonst wohin tragen, wo es ihm risikolos auch einige Prozente trägt. Wollte der Darlehensnehmer gegenüber einem tatsächlich nicht vorhandenen Klageanspruch des Geldgebers auf die Zinsen diese Verzinsung, die der Geldgeber ohnedies erhält, in Abzug bringen, so müsste er sie beweisen, was ihm oft schwer fallen wird. Wenn andererseits der Geldgeber Schadensersatz verlangt, so hat e r seinen Schaden nachzuweisen, e r muss also seinen Zinsverlust beweisen.

Will übrigens der Darlehensgeber unbedingt „seine Zinsen haben", so zeigt eine R. E. im Bd. 52 S. 306 die Möglichkeit hierzu auch vom Standpunkt der Realkontraktstheorie: Die nach dieser Entscheidung notwendige Klage auf Abgabe einer Willenserklärung zum Abschlusse eines Darlehensvertrags gemäss § 894 Z. P. O. ist indes in Kon-

[19]) Wenn der Vorvertrag als ein einseitiger Vertrag aufgefasst wird, kann der Schadenersatzanspruch nur unter den Voraussetzungen der §§ 283, 286 zugelassen werden; einen Schadensersatzanspruch in dieser Weise lässt auch tatsächlich Oertmann a. a. O. § 610 b zu.

sequenz unserer Auffassung, nach der das konsensuale Element bereits im Vorvertrag gegeben ist, unnötig und es bedürfte nur einer Hinterlegung der Geldsumme unter Verzicht auf die Rücknahme, um eine Klage auf die Zinsen zu ermöglichen. Hierdurch wäre übrigens auch die odiose Doppelverzinsung vermieden.

Vom Standpunkt der Konsensualkontraktstheorie entsteht die Zinsverpflichtung auch ohne erfolgte Annahme, es wird aber auch von Kohler[20]) zugegeben, dass hier die Gefahr besteht, dass der Darlehensgeber seinen selbständigen Zinsanspruch benützt, um doppelte Verzinsung zu erlangen.

Auf einen letzten Punkt, den Gefahrübergang, sei noch kurz eingegangen!

Oft wird folgendes Beispiel[21]) zum Ausgangspunkt der Erörterungen gemacht: Der Rittergutsbesitzer A gerät durch unverschuldete Nichtannahme des von B angebotenen Geldes in Gläubigerverzug. Während dieses Verzuges wird dem B das Geld geraubt. Wer trägt die Gefahr?

Kein alltäglicher, aber immerhin möglicher Fall! Der Rittergutsbesitzer A befindet sich nur im Verzug der Annahme, nicht in Leistungsverzug, der noch ein Verschulden erfordern würde, trägt also das periculum obligationis[22]) und bleibt zur Gegenleistung verpflichtet, auch wenn die Leistung des Gebers unmöglich wird. Diese Gegenleistung besteht nach der Konsensualkontraktstheorie in der Darlehensrückgabe, so dass also hiernach tatsächlich der Rittergutsbesitzer die Gefahr für das Geld trägt.[23])

Nach der Realkontraktstheorie besteht die Gegenleistung in der Annahme des Darlehens. Da indes die Leistung des Darlehensgebers durch den Untergang der Valuta

---

[20]) Vergl. Kohler a. a. O. Bd. 2 S. 231. Zu dem dort geäusserten legislatorischen Vorschlag, einen Zinsfuss festzulegen, den sich der Darlehensgeber anrechnen lassen müsse, vergl. Hohenstein a. a. O. S. 95.

[21]) Zum ersten Male von Eck-Leonhardt: Vorträge über das Recht des B. G. B. 1903 gegeben.

[22]) Nicht das periculum rei; d. h. die Gefahrtragung für den Gelduntergang bleibt beim Geldgeber. (Vergl. Jäger a. a. O. S. 50.)

[23]) So im Ergebnis auch Kohler a. a. O. Bd. 33 S. 11.

unmöglich geworden ist, kann auch der Darlehensnehmer seine Leistung, die Darlehensannahme, nicht bewirken; er wird von seiner Verpflichtung frei. Tatsächlich trägt also hier der Darlehensgeber die Gefahr für das Geld.

Nach unserem Dafürhalten sprechen keine rechtspolitischen Gründe unbedingt dafür, dass der Darlehensnehmer die Gefahr trägt, wenn sein Verzug unverschuldet ist. Anders ist es freilich, wenn der Verzug des Darlehensnehmers von ihm verschuldet ist. Dann gerät er aber nach der Realkontraktstheorie zugleich in Leistungsverzug und der Darlehensgeber hat einen Schadensersatzanspruch.

Auch hier sprechen unseres Erachtens praktische Bedenken nicht gegen unsere Auffassung.

Literatur-Verzeichnis.

Adler: Realkontrakt und Vorvertrag in Bd. 31 Ihering Jahrbücher für die Dogm. des röm. u. deutsch. Privatrechts 1892.

Affolter: Das verzinsliche Darlehen, Archiv für bürg. Recht 1905.

Cohn: Die Abtretung des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens. Diss. Greifswalde 1910.

Crome: System des bürgerl. Rechts. Bd. 2 1902.

„ Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897.

Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römisch. Rechts. 6. Aufl. 1902.

Dernburg: II Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reiches und Preussens. 3. Aufl. 1906.

Degenkolb: Zur Lehre vom Realvertrag. Arch. für zivil. Praxis. Bd. 71 1887.

Fourman: Das Pactum de mutuo dando Erl. Diss. 96.

Goldmann-Lilienthal: Das B. G. B. Bd. I 2. Aufl. 1903.

Höniger: Zum „Vereinbarungsdarlehen" im Arch. für bürg. Recht Bd. 33 1909.

Hohenstein: Zur Darlehenslehre nach B. G. B. Erl. Diss. 1907.

Jäger: Annahmeverzug beim Darlehensvorvertrag Heidelberg. Diss. 1910.

Jakoby: „Das Wuchergeschäft" in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik. Bd. 60 1911.

Kohler: Lehrbuch des bürg. Rechts II 1906.

„ Ueber das Konsensualdarlehen im Arch. für bürg. Recht. Bd. II 1889.

„ Das Vereinbarungsdarlehen im Arch. für bürg. Recht. Bd. 33 1909.

Krahmer: Der Darlehensbegriff. Diss. Halle 1900.

Landsberg: Das Recht des bürg. Ges. B. I 1904.

Leske: Bürg. Gesetzbuch und preussisches allgemeines Landrecht I. 1. Aufl. 1900.

Lübbert: Der Kreditvertrag. Ihering's Jahrbücher für die Dogm. des bürg. R. Bd. 16 1907.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 1901.

Meyer: Vertragsvollziehung oder Vertragsreproduktion. Arch. für zivil. Praxis. Bd. 87 1897.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum B. G. B., Recht der Schuldverhältnisse 1899.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1910.
Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911. Amtliche Ausgabe.
Planck: Bürg. G. B. nebst Einführungsgesetz Bd II 3. Aufl. 1906
Rath: Vorverträge nach dem B G. B. Erl. Diss 1905.
Regelsberger: Nachschrift zu Lübbert (s. oben).
Reichsgerichts Entscheid nach verschiedenen Sammlungen, im Text mit Quellenangaben zitiert.
Reichsgerichtsräte: Kommentar der, Bd. I.
Schäfer: Der Darlehensvorvertrag. Freib. Diss. 1902.
Schlossmann: Ueber den Vorvertrag und die rechtl. Natur der sog. Realkontrakte in Ihering's Jahrb. für Dogm. des b R. Bd. 9 1903
Schöninger: Die Leistungsgeschäfte des bürg. Rechts 1906.
Schwemmler: Ueber die Abtretbarkeit des Anspr. aus dem Darlehensvorvertrag. Greifswalde Diss. 1910.
Staudinger: Kommentar zum B. G. B. 4. Aufl. 1908.
Stintzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse 1903.
Türke: Das bürg Recht für den Handgebrauch in der Praxis. Bd. I 3. Aufl. 1911.
Wommelsdorf-Friedrichsen: Vorverträge und Realkontrakte. Jena Diss. 1909.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II 9. Aufl. 1906.

Weitere Literatur, ebenso die vorstehende ist an den betreffenden Stellen genau zitiert.